Der
Ersatz des negativen Interesses
nach bürgerlichem Recht.

Inaugural - Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Weinberg
Referendar aus Dortmund.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinen ehemaligen Vormündern

Julius Weingarten und Julius Weinberg

in Herford

in Dankbarkeit zugeeignet.

Literatur-Verzeichnis.

Altsmann, Das Recht des BGB. 1901.

André: in Planck's Kommentar zum BGB.

Archiv für bürgerliches Recht:
Fleck, Bd. IX, S. 399; XV, S. 395.

Archiv für zivilistische Praxis:
Windscheid, Bd. 63, S. 105;
Hartmann, Bd. 72, S. 214;
Hinschius, Bd. 74, S. 58.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot).
Cohn, Bd. 43, S. 96, 376, 407;
Schöller, Bd. 46, S. 297 ff.

Bendix, das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen BGB. 1899.

Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung. I. Allgemeiner Teil 1902.

Bitter, Zur Lehre vom Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Inaugural-Dissertation, Freiburg 1896.

Brock, Das negative Vertragsinteresse 1902.

Buchka, Bürgerliches Recht und gemeines Recht. 3. Aufl. 1899.

Bulling, Die deutsche Frau und das BCB. 1896.

Bunsen, Einführung in das BGB. für das deutsche Reich 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Aufl. 1898 u. 2. Aufl. 1899.

Cramer, Das Verlöbnis nach dem BGB. Würzburg 1902.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens 1901.

Dernburg, Preussisches Privatrecht I. 4. Aufl.

Deutsche Juristenzeitung:
Behrend 1897, S. 301;
Goldmann 1901, S. 432;
Hellmann 1901, S. 217;
Schultzenstein, Nr. 22, S. 515.

Dittenberger, Das Verlöbnisrecht im BGB. für das deutsche Reich 1901.

Drechsler, Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. Inaug.-Dissert. 1873.

Ebert: in Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., 2. Buch.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., 6. Aufl. 1900.

Engelmann A., Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts 1899.

Engelmann Th, in Staudinger's Kommentar zum BGB, Buch 4.

Enneccerus, Rechtsgeschäft Bedingung und Anfangstermin 1889.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: Bd. 20, S. 334; Bd. 21, S. 165; Bd. 28, S. 16

Entwurf eines BGB. für das deutsche Reich I. Lesung 1888.

Fabian, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers. Inaug.-Dissert. 1899.

Fischer-Henle, BGB., Handausgabe mit Anmerkungen, 3. Aufl. 1899.

Fischer: in Fischer-Henle, I. Buch.

Fritsch, Das negative Vertragsinteresse. Inaug.-Dissert. Erlangen 1900.

Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht 1889.

Greven, Das negative Vertragsinteresse nach gemeinem Recht unter Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB. Inaug.-Dissert. Erlangen 1898.

Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 1901.

Hachenburg, Dienstvertrag u. Werkvertrag im BGB. (in den Annalen der Grossherzl. Badischen Gerichte 1898, S. 167 ff.)

Hachenburg, Das BGB. für das deutsche Reich. Vorträge 1898 ff.

Halben, Über den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen Inaug.-Dissert. Erlangen 1895.

Heilfronn, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Recht der Schuldverhältnisse 1902. IV. Familien- und Erbrecht 1901.

Hellmann, Vorträge über das BGB. 1897.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 1899.

Hölder, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil 1900.

Jahrbücher für die Dogmatik:

Ihering, Bd. 4, S. 1 ff.

Bähr, Bd. 6, S. 286 ff.

Bähr, Bd. 14, S. 393 ff.

Eisele, Bd. 25, S. 414 ff.

Kohler, Bd. 28, S. 227 ff.

Strohal, Bd. 34, S. 358 ff.

Hartmann, Bd. 20, S. 1 ff.

Jacobi, Das persönliche Eherecht des BGB. für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1899.

Isay, Geschäftsführung 1900.

Kaufmann, Kommentar u. Institutionen des BGB. 1900/1901.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit u Unvermögen nach dem BGB. 1900.

Kritische Vierteljahrsschrift:

Bekker, Bd. 22, S. 33 ff.

Hellmann, Bd. 40, S. 205.

Hellmann, Bd. 41, S. 221.

Hellmann, Bd. 42, S. 61.

Bähr, Bd. 30, S. 374.

Kuhlenbeck, Das BGB., Kommentar 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1898.

Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB. 1900.

Leonhard, Vertretung beim Farniserwerb 1899.

Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich u. des Preuss. allgem. Landrechts 1900.

Lilie, Schadensersatz bei unwirksamen Verträgen Inaug.-Diss. Erlangen 1898.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.

Markusen, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurfe 1890.

Mayring: in Staudinger's Kommentar zum BGB. 2. Buch.

Meissner, Das BGB. für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 2. Buch 1901.

Melliger, culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gem. u. schweiz. Obligationenrecht sowie dem deutschen BGB. 1898.

Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 2. Heft 1859. 1879.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, I. u. II. 1853, 1855.

Moritz, Lässt sich bei unvollendeten oder nichtigen Verträgen eine Klage auf Schadensersatz begründen? Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

Motive zu dem Entwurf eines BGB.

Nathan, Die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem BGB. Inaug.-Dissert. Rostock 1902.

Neumann, Handausgabe zum BGB. 1899.

Oertmann, Das Recht des Schadensersatzes im deutschen BGB. 1900.

Oertmann Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse 1899.

Petersen, Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gem. Recht u. nach dem BGB. für das deutsche Reich, Inaug.-Dissert. Erlangen 1897.

Philler, Vorlesungen über das BGB. 1899.

Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz 1898.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen 1899.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.

Rocholl, Das Eherecht des BGB. 1900.

Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung 1896.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.

Tränkner, Bd. 9, S. 175.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1900.

Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.

Grueber, Bd. 64, S. 450.

Mumm, Bd. 65, S. 160, 175.

Simeon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. I. Bd, 6. Lieferung. 1899.

Scherer, Kommentar zum BGB. 1899.

Schmidt, Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse nach gem. Recht u. dem Recht des BGB. für das deutsche Reich, Inaug.-Dissert. Greifswald 1900.

Schmidt-Habicht, Kommentar zum Familienrecht des BGB. 1900.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 1898.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse 1897.

Stutz, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichen Recht 1900.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900.

Weyl, Vorträge über das BGB. 1898.

Wilutzky, Was gehört zum Vertrauensinteresse? (Das Recht V. Jahrgang Nr. 8, S. 189 ff.)

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 1891.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.

Zitelmann, Das Recht des BGB. 1900.

Zobkow, Schadensersatz durch Vertragsaufhebung (Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung, Nr. 31, S. 267 ff.)

Disposition.

Seite

1. Kapitel.

Einleitung.

§ 1. Entstehungsgeschichte des „negativen Interesses 17

2. Kapitel.

Allgemeiner Teil.

§ 2. 1. Begriff des „negativen Interesses“ . . 21
§ 3. 2. Praktische Verwendbarkeit des Begriffs. 25
§ 4. 3. Der Umfang des „negativen Interesses“. 27
§ 5. 4. Art des Ersatzes 4
§ 6. 5. Der Kausalzusammenhang 50

3. Kapitel.

Spezieller Teil.

§ 7. 1. Anwendungsgebiet im BGB. 53
a) bei Rechtsgeschäften, die nichtig oder nicht zur Perfektion gelangt sind:
1. im Falle von Willensmängeln;
2. im Falle der mangelnden Vertretungsmacht;
3. im Falle der Unmöglichkeit der Leistung.

Seite

α) natürliche Unmöglichkeit.
β) juristische Unmöglichkeit.
4. im Falle verzögerter Ablehnung eines Auftrages.
5. im Falle verzögerter Ablehnung eines Dienst- oder Werkvertrages.
b) bei Rechtsgeschäften, die giltig zustande gekommen sind:
1. im Falle nicht gehöriger Erfüllung der Schenkung.
α) Verschweigung von Rechtsmängeln.
β) Verschweigung von Sachmängeln.
2. im Falle Rücktritts vom Verlöbnis.

§ 8. 2. Der Ersatzpflichtige 107
a) Seine Person ergibt sich sofort aus dem Gesetz.
b) Seine Person bestimmt sich aus den konkreten Umständen des Falls.

§ 9. 3. Der Anspruchsberechtigte 114
a) bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften.
b) bei nichtempfangsbedürftigen Rechtsgeschäften.

§ 10. 4. Verschulden oder Verursachung? . . 117
a) Kausalitätsprinzip.
b) Verschuldungsprinzip.

§ 11. 5. Fortfall der Ersatzpflicht 132
a) Wegen Verschuldens des Geschädigten.

Seite

b) Wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Verblichenen.

c) Wegen eines wichtigen Grundes zum Rücktritt vom Verlöbnis.

§ 12. 6. Die rechtliche Natur des Anspruches. 144

a) bei zustande gekommenen Verträgen.

b) bei nicht zustande gekommenen Rechtsgeschäften.

1. wenn ein Verschulden erforderlich ist.

2. wenn ein Verschulden nicht erforderlich.

§ 13. 7. Die Klage 156

a) Verjährung.

1. Frist.

2. Beginn.

b) Vererblichkeit und Übertragbarkeit.

c) Beweislast.

§ 14. 8. Ist der Ersatz des negativen Interesses ein gerechter Ausgleich? 164

4. Kapitel.

Schluss.

§ 15. 1. Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses kann mit einem Anspruch aus „unerlaubter Handlung“ konkurrieren 169

1. Kapitel.

§ 1.

Einleitung.

Wenn auch dem bürgerlichen Gesetzbuch der Ausdruck „negatives Interesse“ nicht eigen ist, so ist ihm doch der Begriff desselben bekannt und in ihm mehrfach zur Anwendung gekommen. Begriff und Bezeichnung sind eine Erweiterung des von der gemeinrechtlichen Doktrin benannten und ausgebildeten „negativen Vertragsinteresses“. Denn während dieses, wie der Name bereits sagt, nur in Verbindung mit Verträgen vorkam, kennt das BGB. eine solche Beschränkung nicht mehr, dehnt vielmehr das Anwendungsgebiet auch auf einseitige empfangsbedürftige wie nichtempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte aus. Der Schöpfer dieses terminus technicus ist Ihering. In seiner bahnbrechenden Schrift: „culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen“[1] nennt er den bei solchen Verträgen

1) Jahrbuch für Dogmatik IV., S. 16.

gegebenenfalls entstehenden Schaden „negatives Vertragsinteresse“. Aber nur den Namen und den Anstoss zur eigentlichen Lehre „vom negativen Vertragsinteresse“ verdanken wir diesem Manne, der Begriff selbst ist schon vor ihm bekannt gewesen. Bereits bei Mommsen[1] und Savigny[2] finden wir eine scharfe Definition dieses Begriffes, aber auch von ihnen ist nicht erst der Begriff konstruiert worden: Er ist schon den Quellen bekannt.[3] Allein, die Grundlage in den Quellen ist sehr bestritten, doch dieser Streit, an dem sich in der gemeinrechtlichen Doktrin die bedeutendsten Juristen beteiligt haben, hat für uns heute zum weitgrössten Teil nur noch historischen Wert Es kann daher nicht meine Aufgabe sein, im Rahmen dieser Schrift auf die vor Entstehung des BGB. liegenden grossen Kontroversen und die mannigfachen Versuche, sie zur Lösung zu bringen, näher einzugehen. Wie könnte ich mich auch unterfangen, neue Gedanken und Gesichtspunkte dort aufzufinden, wo bereits ein Ihering, ein Savigny und Mommsen geforscht haben!

Wer Näheres über jenen Streit der Meinungen wissen will, der möge jenes bereits genannte Werk Iherings zur Hand nehmen. Dieses seiner Zeit grösstes Aufsehen erregende Werk ist der Ausgangspunkt für all die zahlreichen Schriftsteller, die

1) Beiträge zum Obligationenrecht I, S. 107.

2) System des heutigen römischen Rechts III, S. 294 Anm. d.

3) l. 62 § 1 D. 18,1; § 5 J. 3.23; l. 8 § 1 D. 11,7; l. 8 D. 18,4 und l. 9, Leonhard a. a. O. S. 505.

zur Ausgestaltung der Lehre vom „negativen Vertragsinteresse“ das Ihrige beigetragen haben. Es giebt wohl kaum einen bedeutenderen Juristen, der nicht in einer Schrift Stellung zu dieser Lehre genommen hätte. Auch zu ihnen möge derjenige greifen, der in der vorliegenden Schrift eine historische Entwickelung und Würdigung dieser Lehre suchen sollte und nicht finden würde. Freilich, wenn man die Lehre vom „negativen Interesse“ richtig erfassen will, so ist es wie für das Verständnis jeglicher Rechtsbegriffe sogar unerlässlich, auf die Geschichte zurückzugehen und in ihr sich die Grundlage zu verschaffen, auf der man weiter bauen kann.

Wir aber wollen uns hier nur mit dem Bau über diesem Fundament beschäftigen, wir wollen zeigen, wie das BGB. auch in die Lehre vom „negativen Interesse“ klärend, vertiefend und ausgestaltend eingegriffen hat; ob auch erschöpfend, das ist die Frage! Das BGB. lässt nunmehr keinen Zweifel, dass es ein „negatives Interesse“ gibt. Auch dem Streite, der sich um das Wann und Wie des Ersatzes drehte, ist nun ein Ende gemacht worden. Aber wenn durch die Kodifikation auch ausserdem viele gemeinrechtliche Streitfragen in der Lehre vom „negativen Vertragsinteresse“ ihre Regelung gefunden haben, so ist darum auch heute noch in der Lehre vom „negativen Interesse“ vieles der Auslegung der Wissenschaft überlassen worden.[1] Der Streit der Meinungen, der schon in den wenigen Jahren seit Bestehen des Gesetzes kräftig eingesetzt

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 195.

hat, wird aber auch hier nicht ohne Segen bleiben, er wird dazu beitragen, die Lehre vom Ersatz des „negativen Interesses“ weiter auszugestalten, und so das Gebäude seiner Fertigstellung immer näher zuführen.

2. Kapitel.

Allgemeiner Teil.

§ 2.

1. Begriff des negativen Interesses.

Wenn jemandes Rechtsgüter durch ein Ereignis, sei es durch das Verhalten eines Andern, sei es durch Zufall zerstört oder beeinträchtigt sind, so hat der Betreffende einen „Schaden" erlitten. Diese Differenz zwischen der ursprünglichen und der jetzigen Lage ersetzt verlangen, heisst Anspruch erheben auf Leistung des „Interesses". Je nach dem Ausgangspunkt, den dieses hat, unterscheiden wir positives und negatives Interesse. Das „positive Interesse" umfasst die Gesamtheit des Schadens, den das Handeln oder Unterlassen eines Rechtssubjekts einem Andern zufügt. Den Anspruch auf Ersatz dieses Interesses gab bereits das gemeine Recht sowohl bei Verletzung von Vertragsverpflichtungen als auch bei Ausserachtlassung allgemeiner Pflichten. Im ersten Falle spricht man von „Vertragsschaden" oder dem „positiven Vertragsinteresse" auch „Erfüllungsinteresse" genannt und

definiert dasselbe als den Inbegriff des Schadens, den man durch Nicht- oder nichtgehörige Erfüllung eines giltigen Vertrages erlitten hat. Im letzteren Falle nennt man den eingetretenen Schaden „ausserkontraktlichen Schaden". Er wird herbeigeführt entweder durch unerlaubte Handlung oder durch eine erlaubte Handlung, an die aber das Gesetz aus bestimmten Gründen eine Entschädigungspflicht knüpft. Anders verhält es sich bei dem „negativen Interesse". Den Anspruch dieses Interesses liess die gemeinrechtliche Doktrin nur in Verbindung mit einem Vertrage zu, sodass man zur Zeit des gemeinen Rechts nur ein „negatives Vertragsinteresse" kannte. Den Anspruch auf Ersatz des „negativen Interesses" gab man nämlich nur demjenigen, der durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit eines in Wahrheit nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrages geschädigt war, und zwar ging dieser Anspruch auf Ersatz lediglich des Schadens, der durch diese Vertrauensseligkeit entstanden war, der also nicht eingetreten wäre, wenn von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre. Zur Veranschaulichung möge jenes bekannte Beispiel dienen, wo ein Offizier Albrecht's Buch „die Gewere" beim Buchhändler bestellt in dem Glauben, es handele sich um eine Abhandlung über „die Gewehre". Der Vertrag ist hier nichtig, da der Käufer sich über eine wesentliche Eigenschaft der Sache im Irrtum befunden hat — für uns kommt es hier nicht weiter in Betracht, dass von einer Reihe gemeinrechtlicher Schriftsteller die

Nichtigkeit für diesen Fall bestritten wird.[1] – Auf Grund der Nichtigkeit des Vertrages hat der Buchhändler Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, d. h. er hat zwar keinen Anspruch auf Zahlung des ihm entgangenen Verdienstes an dem Verkauf des Buches, wohl aber kann er Ersatz desjenigen Schadens verlangen, der ihm durch die Bestellung bei dem Verlage, durch die Verpackung des Buches, durch die Versendung an den Käufer, auch dadurch entstanden ist, dass er es unterlassen hat, das Buch an einen Juristen zu verkaufen, der sich vor Absendung an den Offizier bereit erklärt hatte, dasselbe zu erstehen, kurz, der Offizier hat den gesamten Schaden zu ersetzen, der dem Buchhändler nicht entstanden wäre, falls von der Bestellung überhaupt nicht die Rede gewesen wäre.

Das BGB. ist weitergegangen als das gemeine Recht und statuiert diese Ersatzpflicht in gewissen Fällen auch bei nichtigen einseitigen Rechtsgeschäften.[2] Die bisher übliche Definition des „negativen Interesses" müsste also nunmehr zum mindesten dahin erweitert werden: Das „negative Interesse" ist derjenige Schaden, den man durch sein Vertrauen auf eine in Wirklichkeit nicht rechtsgültige Willenserklärung eines Anderen erleidet. Aber auch diese Formulierung ist m. E. für das BGB zu eng. Das BGB. weist nämlich zwei Fälle auf, in denen der Anspruch auf Ersatz des negativen

1) Bähr a. a O. S. 416, Mommsen Erörterungen S. 100, Anm. 14.

2) Vgl. §§ 122, 180 BGB.

Interesses gegeben wird, ohne dass eine Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts die Voraussetzung bildet. Das eine Mal ist gemäss § 523 Abs. I bezw. § 524 Abs. I BGB. der Schenker, wenn er einen Mangel im Recht bezw. einen Fehler der verschenkten Sache arglistig verschweigt, verpflichtet, dem Beschenkten das negative Interesse zu ersetzen, das andere Mal hat gemäss § 1298 bezw. 1299 BGB. der ohne wichtigen Grund vom Verlöbnis zurücktretende Verlobte bezw. der den anderen zum Rücktritt durch ein den Rücktritt rechtfertigendes Verschulden veranlassende Verlobte dem anderen das negative Interesse zu ersetzen. In beiden Fällen ist dieser Schadensersatzanspruch nicht von der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts abhängig, im Gegenteil bildet hier für die Interesseforderung der gültige Abschluss der Schenkung bezw. der Verlobung die Voraussetzung. Will man daher eine sämmtliche Fälle der negativen Interessehaftung umfassende Definition für den Begriff des „negativen Interesses" nach bürgerlichem Recht aufstellen, so muss man sagen: Das negative Interesse umfasst denjenigen Schaden, den man durch eigene im Vertrauen auf das Verhalten eines Andern getroffene Massnahmen — Handlung oder Unterlassung — erleidet.

In dem heutigen Bestreben, nach Möglichkeit fremde Sprachwendungen durch deutsche Worte zu ersetzen, hat Zitelmann[1] anscheinend als erster

1) A. a. O. S. 113.

das negative Interesse „Vertrauensinteresse“ oder „Vertrauensschaden“ genannt. Abgesehen davon, dass diese Bezeichnung den Kern der Sache genau trifft, entspricht sie auch dem Sprachgebrauch des BGB. Neuerdings schlägt Leonhard[1] den Ausdruck „Klarheitsinteresse“ vor, wird hiermit aber wohl kaum Aufnahme in die Rechtssprache finden, da diese Bezeichnung gegen die des „Vertrauensschadens“ an Deutlichkeit und innerer Berechtigung sehr zurücksteht.

§ 3.

2. Praktische Verwendbarkeit des Begriffes.

Dem negativen Interesse ist von einer Anzahl Schriftsteller[2] die Existenzberechtigung abgesprochen worden, da dieser Begriff wegen seines Mangels an Praktikabilität unjuristisch sei. Man komme in die allergrösste Schwierigkeit, meint Bähr,[3] wenn man sich frage, wie denn nun eine solche Entschädigung sich bestimme; und auch Kohler[4] hält die Frage,

1) Vertretung beim Fahrniserwerb S. 101.

2) Hartmann, Archiv für zivilistische Praxis S. 214 Anm. 41 Bd. 72; Becker, Kritische Vierteljahrsschrift XXII S. 57; Bähr Jahrbuch für Dogmatik XIV S 422; Kohler, Jahrbuch für Dogmatik XXVIII S. 227 vergl. auch Protokolle I S. 159. A. M. Regelsberger in Endemanns Handbuch für Handelsrecht II S. 416; Windscheid, Archiv für zivilist. Praxis LXIII S. 105; Greven a. a. O. S. 34; Fritsch a. a. O. S. 47; Molliger a. a. O. S. 171; Dernburg, Preussisches Privatrecht II S. 164; Brock a. a. O. S. 200 vergl. auch Motive I S. 195.

3) a. a. O. S. 422.

4) a. a. O. 227.

wie sich die Situation der betreffenden Partei gestaltet haben würde, wenn sie nicht auf die Wirklichkeit des Vertrages gebaut hätte, für so sehr im Nebel von mehr oder minder plausiblen Probabilitäten schwimmend, dass die Parteien in den allerseltensten Fällen sich verständigen würden.

Die Argumentationen dieser Gegner des negativen Interesses haben den Gesetzgeber nicht bestimmen können, in das BGB. den Begriff dieser Art Schadenshaftung nicht einzuführen.[1] Und das mit Recht. Man bedenke doch nur, dass man es beim negativen Interesse mit nichts Anderem zu tun hat als dem damnum emergens und lucrum cessans, zwei Bestandteilen, aus denen sich auch das positive Interesse zusammensetzt. Von einer besonders grossen Schwierigkeit der Berechnung des durch sein Vertrauen erlittenen tatsächlichen Schadens kann nicht die Rede sein. Wenn nun auch die Schwierigkeit der Feststellung des entgangenen Gewinns an sich zugegeben werden muss, so kann doch nicht eingesehen werden, warum die Berechnung, im Falle der Gewinn infolge des Vertrauens auf das Verhalten des Anderen entgangen ist, schwieriger sein soll als dann, wenn das Entgehen in der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit seinen Grund hat. Wollte man also von Inpraktikabilität sprechen, so müsste man konsequenter Weise jeder Interesseforderung diesen Vorwurf machen;[2] das liegt aber nicht in der Absicht

1) Vgl. Protokolle I S. 160.

2) Vgl. Windscheid, Archiv für zivilist. Praxis LXIII S. 105; Dernburg, Preuss. Privatrecht II S. 164; Greven a. a. O. S. 34; Fritsch a. a. O. S. 47; Melliger a. a. O. S. 171.

jener Schriftsteller. Mit demselben Recht also, mit dem dem Erfüllungsinteresse praktische Verwendbarkeit zuerkannt wird, darf diese auch dem negativen Interesse nicht abgesprochen werden, um so mehr als das Prinzip der freien Beweiswürdigung das Gericht in die Lage setzt, nach freier Überzeugung die Höhe des Interesses festzusetzen.

§ 4.

3. Der Umfang des negativen Interesses.

Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ist wie der auf Ersatz des positiven Interesses gerichtete ein Schadensersatzanspruch im Sinne des § 249 BGB. Auf ihn finden daher die diesbezüglichen allgemeinen Vorschriften des BGB. Anwendung. Gemäss §§ 249 und 253 BGB. setzt sich demnach einerseits das negative Interesse sowohl aus Vermögensschaden als auch aus dem sogenannten ideellen, moralischen oder immateriellen Schaden zusammen. Andererseits kann auf Grund des § 252 BGB. der Vermögensschaden sowohl Verminderung des bereits vorhandenen Vermögens — damnum emergens — als auch Entgehung eines zu erwartenden Gewinns — lucrum cessans — sein. Das sich aus diesen verschiedenen Schadensarten zusammensetzende negative Interesse umfasst, wie bereits oben näher dargelegt, nur denjenigen Schaden, den man durch das Vertrauen auf das Verhalten eines Anderen erleidet. Damit steht fest, dass hierunter nicht auch

das Interesse an der Erfüllung des zu Grunde liegenden nichtigen oder nach jetzigem Recht auch gültigen Rechtsgeschäfts zu rechnen ist, insbesondere kann nicht der im Falle der Erfüllung zu erzielende Gewinn ersetzt verlangt werden.

Zur Veranschaulichung und näheren Entwickelung des Interesseumfangs möge folgendes Beispiel dienen, an der Hand dessen man für jeden anderen Fall den jeweiligen Umfang des zu ersetzenden negativen Interesses leicht konstruieren kann: A verkauft dem B, der im Ausland wohnt, im Preise von 10 000 Mk. ein Grundstück zum Bau einer Villa. Da dieses Grundstück aber bereits durch den Güterverwalter des A an den Eisenbahnfiskus veräussert und von diesem zum Bau einer Eisenbahnlinie benutzt ist, so ist A mit Rücksicht darauf, dass er bei der Schliessung des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung hätte kennen müssen, dem B, der die Unmöglichkeit weder kannte noch kennen musste, gemäss § 307 BGB. zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet. Es ist nun nicht nötig, dass dem B tatsächlich irgend ein Nachteil entstanden ist, andererseits aber ist es möglich, dass B Schaden in der mannigfaltigsten Art erlitten hat.

Wenn B an seinem bisherigen Wohnsitz ein städtisches unbesoldetes Ehrenamt niedergelegt hat in der Erwägung, dass er nach der demnächstigen Errichtung der Villa auf dem gekauften Grundstück dorthin übersiedeln wird, so hat er damit einen zum negativen Interesse gehörenden immateriellen Schaden erlitten.

Weiter würde zu der unter das negative Interesse fallenden Vermögenseinbusse und zwar zur Verminderung des bereits vorhandenen Vermögens zu rechnen sein:

I. die bereits erfolgte Entrichtung oder Sicherstellung des Kaufpreises,

II. die Gerichts-, Anwalts- und sonstigen Kosten, die B infolge des verlorenen Prozesses, den er auf die Gültigkeit des Vertrages vertrauend gegen A zwecks Übertragung des Eigentums angestrengt hat, bezahlen musste,

III. der Verlust von Aufwendungen, die B bereits für das vermeintliche Grundstück vorgenommen hat, er hat z. B. einen Bauplan anfertigen lassen oder Arbeiter angeworben, oder Möbel und Tapeten angeschafft,

IV. Versäumung eines anderweitigen Grundstückkaufes, etwa in der Weise, dass nunmehr ein Grundstück in jener Gegend überhaupt nicht mehr anzukaufen ist, da alle Bauplätze inzwischen in feste Hände übergegangen sind,[1],[2]

---

1) Nach Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 122 kann man leicht zu der Auffassung kommen, dass, wenn ein Kaufvertrag nach § 118 BGB. nichtig ist, der auf die Gültigkeit vertrauende Vertragsteil lediglich den unter No. IV bezeichneten Ersatzanspruch: Unterlassung eines ihm möglich gewesenen anderweitigen Kaufes geltend machen könnte. Das wäre natürlich nicht richtig. Er hat vielmehr Anspruch auf Erfolg aller Nachteile — Ziffer I-VIII —, sofern sie nur ihren Grund in dem Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages haben.

2) Vgl. die Beispiele bei Bernhöft a. a. O. S. 109, 120.

V. die Geldentschädigung, die B dem Dritten, an den er das Grundstück bereits weiterverkauft hatte, zahlen muss,

VI. der Verlust seiner bisherigen Wohnung, sei es, dass er im Hinblick auf die neu zu errichtende Villa sein Mietsverhältnis gekündigt, sei es, dass er sein eigenes Haus verkauft hat,

VII. der Schaden, der dem B unmittelbar an seinen eigenen Sachen entstanden ist, er hat z. B. einen an seinem bisherigen Hause rankenden Weinstock abnehmen oder seine sämtlichen Gartenblumen herausnehmen lassen, um sie in das neue Grundstück zu verpflanzen,

VIII. der Schaden, der dem B unmittelbar an seiner eigenen Persönlichkeit entstanden ist, er hat z. B. im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit seines Grundstückskaufes bei der grimmigsten Kälte eine Reise zur Besichtigung des Bauterrains gemacht und sich unterwegs eine Lungenentzündung zugezogen.

Nicht in den Bereich des negativen Interesses gehörig erachte ich die Kosten, die der Abschluss des Vertrages notwendiger Weise verursacht hat.[1] B hat nämlich die durch die erforderliche notarielle oder gerichtliche Beurkundung entstandene Geldauslage nicht dadurch erlitten, „dass er auf die

1) A. M. Ihering, Jahrb. für Dogmat. IV S. 20; Wilutzky in der Zeitschrift „Das Recht" V. Jahrgang No. 8 S. 190.

Giltigkeit des Vertrages vertraute,[1] denn vor der Beurkundung war der Vertrag überhaupt noch nicht zur Entstehung gekommen[2] — formell aber wenigstens muss der Vertrag zustande gekommen sein, wenn er sich auch hinterher materiell als nichtig darstellt. — Da diese Vermögenseinbusse also keine Folge der Vertrauensseligkeit des B auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts, vielmehr eine Bedingung für die Rechtswirksamkeit des Vertrages überhaupt ist, ist sie in den Umfang des negativen Interesses nicht einzubegreifen. Anders liegt aber die Sache, wenn die Beurkundung nicht Vertragsvoraussetzung sondern Beweiserleichterung ist. Würde nämlich B eine bewegliche Sache von A gekauft haben, so wäre der Vertrag bereits mit der formlosen Annahme des Antrages geschlossen. Eine in diesem Falle nachträglich vereinbarte Schriftlichkeit oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung würde auf das Vertrauen in die Giltigkeit des Vertrages zurückzuführen sein; die von B bezahlten Kosten würden daher in den Kreis des negativen Interesses zu rechnen sein. Ebenfalls würde ich zum negativen Interesse rechnen die Stempelgebühren des Vertrages, da diese Ausgabe lediglich im Vertrauen auf die Giltigkeit des Vertrages gemacht ist und nicht zur formellen Rechtswirksamkeit des Vertrages erforderlich ist.

Zu dem unter das negative Interesse fallenden entgangenen Gewinn wird vor allem zu rechnen sein:

1) Vgl. § 307 BGB.
2) Vgl. §§ 125, 152, 154 Abs. 2 BGB.

I. der Gewinn, den B durch den Ankauf eines anderweitig ihm preiswert angebotenen Grundstücks erzielt hätte, wenn er nicht durch den ersten vermeintlichen Grundstückskauf seine Geldmittel für erschöpft gehalten hätte,

II. der Gewinn, den B hätte machen können, wenn er seine Arbeitskraft respektive Zeit anstatt auf die Ausarbeitung von Projekten etc. für die Anlage der Villa anderweitig benutzt hätte. — Nicht würde hierher gehören der Gewinn, den ihm diejenige Zeit oder Arbeitskraft eingebracht haben würde, die er zum Zustandekommen des Vertrages verbraucht hat, da der auf diese Weise entgangene Gewinn mit Rücksicht darauf, dass der Vertrag noch nicht geschlossen war, nicht auf das Vertrauen in die Rechtsgiltigkeit des Vertrages zurückgeführt werden kann,

III. der Gewinn, den B mit dem bereits an A gezahlten Kaufpreise inzwischen hätte erzielen können,

IV. der Gewinn, den die unmittelbar beschädigten Gegenstände ihm eingebracht hätten, z. B. die infolge der Ausgrabung des Weinstocks entgangene Weinlese.

V. der Gewinn, den er mit den für Kosten, Aufwendungen, Entschädigungen etc verwendeten Geld hätte machen können, sei es durch Anlegung auf Zinsen, sei es durch Spekulation u. a.

Sobald Gewissheit vorhanden ist, dass in einer der vorbezeichneten Arten ein Gewinn entgangen ist, kann der Geschädigte den Ersatz dafür ohne weiteres beanspruchen. Nur für den Fall, dass ein Zweifel über den Eintritt des Gewinns besteht, gibt das Gesetz im § 252 dem Richter eine Weisung, indem es als entgangen den Gewinn bezeichnet, der „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". Wenn Planck[1] dagegen meint, dass hiermit nicht eine Vermutung vom Gesetz aufgestellt sein solle, wann ein Gewinn als entgangen zu betrachten sei, sondern nur die Bestimmung, dass der Interesseanspruch einen entgangenen Gewinn nur dann umfassen solle, wenn er bereits zur Zeit des zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge u. s. w. mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, so kann ich ihm nicht beitreten, denn einerseits spricht die Entstehung des § 252 BGB., die Planck ausschliesslich zur Begründung seiner Ansicht heranzieht, einzig und allein für unsere Auslegung.[2] Indem nämlich die Motive, selbst bei der Fassung des Entwurfes I: „Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige inbetracht u. s. w.", sagen: „Die volle Gewissheit, der Gewinn würde gezogen sein, ist

1) a. a. O. Anm. 2 zu § 252.

2) Ausführlich Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 369, ferner Dernburg a. a. O. Bd. II S. 71; Matthiass a. a. O. I. S. 314.

nicht erforderlich", sprechen sie, wie Planck selbst zugibt, lediglich zugunsten unserer Auffassung. Die zweite Kommission hat diesen Paragraphen des ersten Entwurfs angenommen, ohne sich auf einen von den Motiven abweichenden Standpunkt zu stellen. Und schliesslich ist von einer anderen Auffassung der Redaktionskommission, der wir die jetzige Fassung des Paragraphen verdanken, nichts bekannt geworden. Andererseits deutet der Wortlaut des Paragraphen, insbesondere das Wort „gilt" darauf hin, dass hier nicht, wie Planck es will, eine Beschränkung, sondern nur eine Vermutung statuiert werden soll. Schliesslich aber würde man nach der Planck'schen Auffassung zu Resultaten gelangen, die vom Gesetz sicher nicht gewollt wären. Das wird folgendes Beispiel zeigen: A bietet dem B ein Grundstück zum Kaufe an. B wird durch den billigen Preis bestimmt, den C, dessen Grundstück er zu dem geforderten Preise von 20 00 Mk. kaufen wollte, abschlägig zu bescheiden und den Vertrag mit B zu schliessen. Gesetzt den Fall, dass dieser Vertrag wegen mangelnden Ernstes nach § 118 BGB. nichtig ist, und infolgedessen A Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat, so kann B, da das Grundstück des C mittlerweile von der Regierung zwecks Kanalbau zum Preise von 40 000 Mk. angekauft ist, als entgangenen Gewinn 20 000 Mk. von A ersetzt verlangen. Nach Planck aber könnte überhaupt nichts gefordert werden, denn zur Zeit des Vertragsschlusses war die Kanalvorlage vom Abgeordnetenhaus noch nicht

angenommen, also damals ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit noch nicht zu erwarten.

Bei der Berechnung sowohl der positiven Vermögenseinbusse als auch des entgangenen Gewinns ist wohl zu beachten, dass das Affektionsinteresse d. h. der Wert, den ein Gegenstand aus „bloss zufälligen Eigenschaften oder Verhältnissen“[1] für den Geschädigten hat, nicht in Ansetzung gebracht werden darf. Das ist dem § 253 BGB. zu entnehmen, welcher bestimmt, dass wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann. Da somit grundsätzlich nur ein Vermögensschaden durch Geld ersetzt werden muss, so darf auch bei der Feststellung des Umfangs der Geldentschädigung, alles, was nicht Vermögensschaden ist, also auch das Affektionsinteresse nicht berücksichtigt werden.[2] Wenn Dernburg[3] dennoch meint, dass der § 278 CPO. den Richter ermächtige, bei der Berechnung auch das Affektionsinteresse zu beachten, so ist hiergegen zu sagen, dass auch die freie Überzeugung des Richters über die positive Bestimmung des Gesetzes, nach welcher wegen eines Affektionsschadens Geldersatz grundsätzlich nicht gefordert werden kann, sich nicht hinwegsetzen darf.[4]

1) ALR. I, 2 § 115.

2) Weyl a. a. O. I S. 326; Oertmann a. a. O. Anm. 3, Planck a. a. O. Anm. 2, Mayring a a. O. Anm. 1 zu § 253; Motive II S. 22.

3) a. a. O. Bd. 2 S. 80; vgl. Kohler, Archiv für bürgerl. Recht XII S. 3 Anm. 5a.

4) vgl. Crome a. a. O. Bd. 2 S. 70 Anm. 13.

Die gesamten bisher aufgestellten Regeln bezüglich des Umfanges des negativen Interesses erleiden in einigen der vom BGB. normierten Fälle der negativen Interesshaftung eine gewisse Beschränkung. Das eine Mal besteht dieselbe darin, dass dem Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses vom Gesetz eine Maximalgrenze gesetzt ist. Das andere Mal wird vom Gesetz die Zusammensetzung des zu beanspruchenden Schadensersatzes genau präzisiert. Die erstere Beschränkung finden wir in den §§ 122, 179 Abs. 2, 307 BGB.[1] Hier soll nämlich das zu ersetzende negative Interesse nicht den Betrag des positiven übersteigen. Gewöhnlich wird es der Fall sein, dass das negative hinter dem Erfüllungsinteresse zurück bleibt, es sei denn gar, dass ein negatives Interesse überhaupt nicht entstanden ist. Es wird aber vorkommen können, dass beide gleich gross sind, ja, dass das negative das positive noch übersteigt. Man denke nur an den Fall, das jemand Aufwendungen gemacht hat auf Grund eines wegen Irrtums von dem Anderen angefochtenen Geschäfts, das ihm mit Rücksicht darauf, dass nach Abschluss des Geschäfts plötzlich ein Preissturz der gekauften Ware erfolgt ist, auch bei Gültigkeit einen Vorteil

1) § 122: „ . . . . . jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat".

§ 179, II: „ . . . . . jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat."

§ 307 „ . . . . . jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat."

überhaupt nicht verschafft haben würde. Hier ist das Erfüllungsinteresse gleich Null, das negative möglicherweise sehr gross, wenn er etwa im Vertrauen auf das Zustandekommen des Geschäfts bereits teuere Anschaffungen gemacht hat oder kostspielige Verpflichtungen eingegangen ist. Trotzdem soll der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses immer seine Höchstgrenze in dem Betrage des Erfüllungsinteresses finden, so dass im angeführten Beispiel der Geschädigte überhaupt nichts ersetzt bekommen würde. Diese Beschränkung hat das Gesetz eingeführt in der Erwägung, dass es ungerecht wäre, den Schadensersatzpflichtigen bei Nichtzustandekommen des Rechtsgeschäfts[1] schwerer haften zu lassen, als er es bei Erfüllung des Rechtsgeschäftes tun würde. Ohne diese in den genannten Paragraphen des BGB. erfolgte Begrenzung des negativen Interesses würde der Zweck der Statuierung dieser Art Schadensersatzhaftung bei unwirksamen Rechtsgeschäften: ein billiger Ausgleich der beiderseitigen Interessensphären unter Umständen vollständig illusorisch werden. Derjenige, dessen Haftung das Gesetz erleichtern wollte, würde in diesem Falle an dieser „Erleichterung" schwer zu tragen haben.[2]

---

1) sei es, dass es von vornherein nichtig ist (§ 179 Abs. 2, § 307, § 122 für den Fall des § 118 BGB) sei es, dass die abgegebene Willenserklärung erst angefochten und das Rechtsgeschäft infolgedessen nichtig wird (§ 122 für den Fall der §§ 119 120 BGB.)

2) s. Wilutzky a. a. O. S. 191, die vortreffliche Ausführung bei Brock a. a. O. S. 207, Motive I S. 195.

Man könnte hier mit Recht die Frage aufwerfen: Kann der Schadensersatzpflichtige auch in den übrigen Fällen der negativen Interessenhaftung[1] sich durch Erfüllung seiner Verpflichtung oder durch Leistung des positiven Erfüllungsinteresses von der Haftung für das negative Interesse befreien? M. a. W. wird auch in den vom Gesetz nicht ausdrücklich normierten Fällen das negative Interesse durch die Höhe des positiven Interesses begrenzt? Die Frage ist zu verneinen. Würde nämlich der Gesetzgeber die Ausdehnung dieser Beschränkung auch auf die übrigen Fälle der negativen Interessenhaftung beabsichtigt haben, so würde eine dementsprechende Normierung mit Rücksicht darauf, dass das Gesetz die Begrenzung des negativen Interesses ausdrücklich in drei Fällen statuiert hat, auch für die übrigen Fälle nicht unterblieben sein. Ist somit für eine extensive Interpretation hier kein Platz, so können wir andererseits auch nicht mit Hilfe der Analogie die Maximalgrenze für die übrigen Fälle konstruieren. Hierzu ermangelt es der Gleichheit des Grundes für die negative Interessehaftung. Denn während das Gesetz in den §§ 122, 179 Abs. 2, 307 BGB. den Anspruch auf Vergütung des negativen Interesses deswegen gibt, weil ein durch unwirksamen Geschäftsabschluss herbeigeführter Schaden wieder ausgeglichen werden soll, ist, das möge an dieser Stelle vorläufig genügen, der Grund der Schadenshaftung in den übrigen Fällen ein von jenem verschiedener, sodass hier die Voraussetzung für

1) Die einzelnen Fälle siehe später.

Anwendung der Analogie: „eadem legis ratio“ nicht gegeben ist. Ob das Gesetz gut daran getan hat, die Begrenzung nur auf die Fälle des unwirksamen Geschäftsabschlusses zu beschränken, ist, was folgende Gegenüberstellung deutlich zeigen wird, sehr fraglich: Wenn A, obwohl ihm bekannt ist, dass sein Wohnhaus soeben niedergebrannt ist, dasselbe dem gutgläubigen B verkauft, so muss A gemäss § 307 BGB. dem B das negative Interesse ersetzen. Angenommen, dasselbe beliefe sich insgesamt auf 20000 Mk., das Erfüllungsinteresse dagegen mache nur 5000 Mk. aus, so würde sich A durch Zahlung der 5000 Mk. an B von jeder weiteren Verpflichtung diesem gegenüber freimachen. Wenn andererseits A dem B ein gebrauchtes Fahrrad schenkt und dabei trotz Kenntnis absichtlich dem B verschweigt, dass das Fahrrad im Eigentum seines, des A, Bruders C steht, so hat B gemäss § 523 Abs. 1 BGB. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Angenommen, dasselbe betrage infolge kostspieliger Reparaturen und Erneuerungen 100 Mk., das ganze Rad dagegen habe nur einen Wert von 60 Mk. gehabt, so dass das positive Erfüllungsinteresse weit hinter der Höhe des negativen Interesses bleiben würde, so könnte sich A dem B gegenüber dennoch weder durch Verschaffung des Eigentums an dem Rade noch durch Zahlung der 60 Mk. der Ersatzpflicht des negativen Interesses entledigen, da § 521 Abs. 1 BGB. die Begrenzung dieses Interesses durch die Höhe des Erfüllungsinteresses nicht kennt. Dass dieses im Vergleich zu dem ersten Fall kein

befriedigendes Ergebnis ist, zumal es sich hier um eine unentgeltliche Zuwendung handelt, liegt auf der Hand.

Die andere singuläre Beschränkung für die Berechnung des negativen Interesses befindet sich in dem § 1298 BGB. Hier kann im Falle ungerechtfertigten Rücktritts vom Verlöbnis der andere Verlobte nicht den Ersatz des gesamten negativen Interesses verlangen, vielmehr ist in diesem Falle das Vertrauensinteresse nur soweit zu ersetzen, als es sich aus gemachten Aufwendungen, eingegangenen Verbindlichkeiten und sonstigen getroffenen das Vermögen oder die Erwerbsstellung berührenden Massnahmen zusammensetzt.[1] Diese Beschränkung erleidet eine weitere Einschränkung dadurch, dass der sich aus den genannten Bestandteilen zusammensetzende Schaden[2] nur dann ersetzt zu werden braucht, wenn die Aufwendungen, Verbindlichkeiten und sonstigen Massnahmen in Erwartung der Ehe getroffen sind, so der Schaden aus der Anschaffung einer Aussteuer, aus dem Mieten einer Familienwohnung, aus dem Aufgeben der Junggesellenzimmer, aus der Ausschlagung einer angebotenen Stellung u. A. Von dem Schaden dieser Art sind daher wohl zu trennen alle diejenigen Vermögensnachteile, die nur auf Grund des

---

1) Insbesondere ist hier also nicht die Rede von entgangenem Gewinn schlechtweg.

2) Es ist wohl zu beachten, dass nicht die Ausgaben für Aufwendungen, Verbindlichkeiten und sonstige Massnahmen zu ersetzen sind, sondern der erst aus ihnen entstandene Schaden.

Verlöbnisses entstanden sind, so dass beispielsweise der Bräutigam, wenn er sich, um häufiger seine Braut besuchen zu können, ein Automobil zulegt, im Falle der von der Braut verschuldeten Auflösung des Verlöbnisses eine Entschädigung insoweit nicht verlangen kann Andererseits aber darf man m. E. den Begriff „in Erwartung der Ehe" nicht so eng fassen, wie Endemann[1] es tut. Wenn er z. B. meint, eine Verlöbnisfeier würde von den Brauteltern nur zwecks Erfüllung eigener gesellschaftlicher Pflichten, nicht in Erwartung der Ehe hergerichtet, so ist dagegen zu sagen, dass dies bisweilen der Fall sein kann, unter gewöhnlichen Umständen aber eine solche Feier veranstaltet wird, um einerseits die künftigen (!) Verwandten mit einander bekannt zu machen, andererseits einen eigenen gesellschaftlichen Verkehr der Brautleute für ihre spätere Ehe anzubahnen, zum mindesten aber durch eine Unterlassung der Feier nicht zu erschweren oder gar unmöglich zu machen. Die Kosten der Verlöbnisfeier sind daher zu den in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen zu rechnen.[2] In entgegengesetzter Richtung schiesst Stutz[3] über das Ziel hinaus, indem er in den Umfang des negativen Interesses alles das zusammen begreift, „was die Betreffenden gehabt hätten, wenn es nicht zu dem Verlöbnis gekommen wäre". Hiernach würde in den

1) a. a. O. II, 2 S. 609 Anm. 9.

2) Ebenso Planck a. a. O. Anm. zu § 1298, Schmidt-Habicht a. a. O. Anm. zu § 1298.

3) a. a. S. 81.

Interessenkreis selbst der Schaden gehören, der dem Bräutigam aus der Anschaffung des Automobils oder aus den Eisenbahnfahrten zu seiner Braut, sogar aus jedem Kauf eines Blumenstrausses für seine Braut entstanden ist. Dass soweit die Interessehaftung aus dem § 1298 BGB. nicht reichen soll, ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes.

Aber noch eine weitere Einschränkung richtet der § 1298 BGB. für den Umfang des negativen Interesses auf, denn auf Grund des Absatzes 3 ist der Schaden nur in soweit zu ersetzen, als die Aufwendungen, die Eingehung der Verbindlichkeiten und die sonstigen Massnahmen den Umständen nach angemessen waren d. h. im rechten Verhältniss zu der sozialen Lage der Brautleute gestanden haben. Das richtige Mass hier zu finden, insbesondere in dem Falle, dass die soziale Stellung der beiden Verlobten eine von einander ganz verschiedene ist, ist nach § 287 CPO der freien Überzeugung des Gerichts überlassen.

Stellt das Gesetz auf der einen Seite für den Umfang des negativen Interesses im Falle des Verlöbnisbruches eine Reihe von Beschränkungen auf, so dehnt es auf der anderen Seite diesen Umfang wieder aus, indem es im § 1300 BGB. bestimmt, dass der Interesseanspruch der unbescholtenen Braut, im Falle der Bräutigam vom Verlöbnis ungerechtfertigt zurücktritt oder der Braut schuldhaft Veranlassung zum Rücktritt gibt, auch den Ersatz des immateriellen Schadens umfasst, welcher der Braut

durch die Gewährung der Beiwohnung entstanden ist. Wenn also im gegebenen Falle durch die Vollziehung des Beischlafes der sittliche Ruf der Braut Einbusse erlitten hat, ihr die Aussicht auf eine anderweitige Verheiratung oder Anstellung herabgemindert ist, oder sie sich in ihrer Ehre gekränkt fühlt, so ist ihr auch für diesen Nichtvermögensschaden eine ihrer sozialen Stellung angemessene Entschädigung in Geld vom Bräutigam zu leisten. Da die Braut die ihrem Verlobten gestattete Beiwohnung in der Erwartung künftiger Eheschliessung gewährt hat, und zwar in der Überzeugung, dass die demnächstige Ehe einen Verdacht für ihren Fehltritt in keiner Weise aufkommen lassen würde, auch ein Schaden für sie aus ihrem sittlichen Vergehen nicht mehr entstehen könne, ist der Deflorationsanspruch des § 1300 BGB. unzweifelhaft ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses.[1]

§ 5.

4. Art des Ersatzes.

Wie bereits im Anfang des vorigen Paragraphen dargelegt, finden die allgemeinen Grundsätze des BGB. über den Schadensersatz auch auf den Ersatz des negativen Interesses Anwendung. Daher gilt auch bezüglich der Art des negativen Interesseersatzes gemäss § 249 BGB. der Grundsatz der Naturalrestitution. Danach ist stets der Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn das

1) Vergl. Protokolle IV S. 697.

schädigende Ereignis überhaupt nicht eingetreten wäre.[1] Die Möglichkeit dieser naturalen Herstellung wird für den Ersatz des Vertrauensinteresses von zwei Schriftstellern bestritten. Brock[2] begründet diese seine Auffassung damit, dass er sagt, da der entstandene Schaden nur in bereits gemachten Aufwendungen und in dem Nichtvornehmeu anderer gewinnbringender vermögensrechtlicher Dispositionen bestehen könne, sei es unmöglich, die Aufwendungen rückgängig zu machen und die unterlassenen Dispositionen, wenn sie überhaupt als schadensverursachend in Betracht kommen, noch nachzuholen. In dieser Beweisführung stecken zwei Fehler Zum ersten nämlich ist es durchaus nicht richtig, wenn Brock behauptet, die bereits gemachten Aufwendungen könnten nicht mehr rückgängig gemacht werden. Angenommen A sei verpflichtet, dem B das negative Interesse zu ersetzen, und B habe in der Erwartung der Wirksamkeit des Vertrages bereits einen Lagerplatz von C gemietet, also Aufwendungen gemacht: warum sollte es da nicht möglich sein, dass A den C veranlasst, durch welche Mittel, kommt hier nicht in Betracht, den mit B geschlossenen Mietsvertrag wieder aufzuheben? In diesem Falle würde für B ohne Zweifel der frühere Zustand wieder hergestellt, eine Geldentschädigung also durchaus nicht erforderlich sein. Das Gleiche würde der Fall sein, wenn A B dem aus irgend einem Grunde das negative Interesse zu ersetzen hat, und B dadurch einen

1) Vergl. Melliger a. a. O. S. 29.
2) a. a. O. S. 205.

Schaden erlitten hat, dass er, um die zur Ausbeutung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts nötigen Barmittel zur Verfügung zu haben, eins seiner Grundstücke an den A verkauft hat.[1] Aus welchem Grunde sollte hier dem A verwehrt sein, durch Rückübertragung des Grundstückes auf den B den Zustand wieder herzustellen, der bestanden haben würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre?

Aber noch in einem anderen Punkte irrt sich Brock. Wenn er nämlich meint, der entstandene Schaden könne nur in bereits gemachten Aufwendungen und in dem Nichtvornehmen anderer gewinnbringender vermögensrechtlicher Dispositionen bestehen, so verkennt er ganz und gar den Umfang des negativen Interesses. Ich habe bereits in dem vorigen Paragraphen dieser Schrift gezeigt, dass der Kreis des Vertrauensinteresses ein bei weitem grösserer ist, dass insbesondere auch unmittelbar an den eigenen Sachen des Anspruchsberechtigten ein zum negativen Interesse zu rechnender Schaden entstehen kann Dass zum mindesten der Naturalrestitution dieses Schadens nichts im Wege steht, wird selbst Brock nicht leugnen.

Auch Petersen[2] argumentiert falsch, wenn er sagt, die Vorschrift des § 249 BGB. könne auf das negative Interesse keine Anwendung finden, da

---

1) Dieser Grundstücksverkauf hat natürlich mit dem den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses begründenden Rechtsgeschäft nichts zu tun.

2) a. a. O. S. 81.

der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand hier die Erregung des Vertrauens auf die Giltigkeit des Vertrages sei,[1] und der Zustand, „dass dieses Vertrauen nicht erregt ist", sich auf keinerlei Weise wieder herstellen lasse. Diese Auffassung beruht auf einem argen Missverständnis. Unter dem „Zustande", der wieder herzustellen ist, versteht nämlich das Gesetz nur den Zustand der Rechtsgüter[2] des Beschädigten. Nur inbezug auf diese soll der Zustand wieder hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, hier also die „Erregung des Vertrauens", nicht eingetreten wäre. Würde man unter „Zustand" das zu verstehen haben, was Petersen annimmt, so würde eine Naturalherstellung überhaupt nicht mehr möglich sein. Selbst wenn ich z. B. durch Hineinfahren mit meinem Zweirade ein Schaufenster zertrümmert hätte, könnte eine Naturalrestitution nicht stattfinden, denn da der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand das Hineinfahren ist, lässt sich der Zustand, dass ich nicht hineingefahren bin, auf keinerlei Weise wieder herstellen. Wohl aber lässt sich der Zustand, der bestehen würde, wenn ich nicht hineingefahren wäre, wieder herstellen und zwar durch das Einsetzen einer neuen Scheibe. Nur in diesem Sinne ist die Art des Ersatzes aus dem § 249 BGB. zu verstehen.

1) Petersen behandelt in seiner Schrift nur das negative Vertragsinteresse

2) Sowohl der materiellen wie immateriellen.

Steht somit fest, dass die Naturalherstellung beim negativen Interesseersatz möglich ist, so ist nunmehr zu untersuchen, in welchen Fällen dieselbe zu erfolgen hat. Grundsatz ist, dass eine Naturalrestitution in allen Fällen der negativen Interessenhaftung an erster Stelle vorzunehmen ist, mag der Schaden ein materieller, mag er ein ideeller sein.[1] Selbst in dem Falle, dass es sich um Beschädigung oder Verlust einer Sache handelt, ist der Schadensersatzpflichtige in erster Linie zur Naturalherstellung verpflichtet und zwar durch Lieferung einer Sache gleicher Art und Güte, es sei denn, dass ein Ersatz nicht möglich ist, z. B. bei Beschädigung eines Rubens'schen Gemäldes. Planck,[2] der eine Naturalrestitution in dem Falle der Beschädigung oder des Verlustes nicht zulassen will, verkennt m. E. den Zweck der Vorschrift, denn nach ihr soll doch nicht der physische, was in der Tat unmöglich wäre, sondern nur der wirtschaftliche frühere Zustand wieder hergestellt werden.[3] Dieser Zweck aber wird vollkommen durch Neulieferung der betreffenden Sache erreicht. Ob jedoch der frühere Zustand durch Aus-

---

1) So muss z. B. auch dann, wenn ich auf die Gültigkeit einer Erklärung vertrauend meinen Namen unter einen Aufruf gesetzt habe, der frühere Zustand, falls mir ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zusteht, wieder hergestellt werden, d. h. meine Unterschrift beseitigt werden.

2) a. a. O. Anm. 2 c zu § 249; vgl. auch Kuhlenbeck, Kommentar Anm. 1 zu § 251; Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 372, 373; Protokolle I. S. 296.

3) Ebenso Dernburg a. a. O. II, S. 78 Anm. 5; Oertmann a. a. O. Anm 2, Mayring a. a. O. Anm. 3 b ad § 249; Kuhlenbeck a. a. O. Anm. zu § 249 trotz Anm. 1 zu § 251!

besserung der beschädigten Sache wieder hergestellt werden kann, hängt von der Art des jeweiligen Falls ab.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der prinzipiellen Haftung für Naturalrestitution stellt Satz 2 des § 249 BGB. für den Fall auf, dass wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist. Hier ist dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Wiederherstellung des früheren Zustandes und Geldentschädigung in Höhe der Wiederherstellungskosten eingeräumt.

Weitere Ausnahmen von dem Prinzip der Naturalrestitution werden in den §§ 250, 251 BGB. statuiert, indem hier der Schuldner eine Geldentschädigung teils leisten muss, teils leisten kann. Und zwar ist der Schuldner dem Gläubiger zur Geldvergütung verpflichtet, einerseits wenn er die ihm von diesem zur Naturalrestitution gesetzte Frist unbenutzt hat verstreichen lassen,[3] andererseits

---

1) Dass Naturalrestitution vom Gläubiger auch nach Ablauf der Frist noch verlangt werden kann, wie Behrend — Juristenzeitung 1897 S. 341 — aus der Entstehungsgeschichte des § 250 BGB. folgern zu müssen glaubt, und wie Kuhlenbeck — Kommentar Anm. zu § 250 — in der Erwägung, dass das Recht des Gläubigers durch seine eigene Fristsetzung nicht geschmälert werden könne, annimmt, dürfte wohl bei der deutlichen Fassung des Gesetzes und seiner auf Vereinfachung der Ersatzansprüche gerichteten Absicht, sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass z. B. im § 326 BGB. die Fristsetzung ausdrücklich den Verlust eines Rechtes für den Gläubiger, nämlich den Anspruch auf Erfüllung, zur Folge hat, ausgeschlossen sein, vgl. Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 373; Dernburg II S. 78 und S. 79 Anm. 7; Matthiass

wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist. Demgegenüber ist der Ersatzpflichtige zur Geldabfindung berechtigt, wenn die Wiederherstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich wäre. Alle diese Ausnahmen sind aber nur für Vermögensschäden von Bedeutung, denn wegen eines ideellen Schadens kann gemäss § 253 BGB. Geldentschädigung grundsätzlich nicht verlangt werden Hat jemand also im Vertrauen auf das Verhalten eines Anderen einen immateriellen Schaden erlitten, so muss der zum Ersatz des negativen Interesses Verpflichtete, soweit es überhaupt möglich, den früheren Zustand wieder herstellen, im Übrigen aber ist er zur Geldentschädigung nicht verpflichtet. Nur für einen Fall des negativen Interesseanspruchs haben diese Ausnahmen auch beim Vorliegen eines immateriellen Schadens Geltung: Die unbescholtene Braut kann von ihrem Verlobten im Falle ungerechtfertigter Verlöbnisaufhebung für gewährte Beiwohnung auch wegen des ideellen Schadens eine Geldentschädigung verlangen, mit andern Worten: Der Bräutigam muss, wenn er die ihm zur Naturalrestitution gesetzte Frist unbenutzt hat verstreichen lassen, oder wenn die Naturalherstellung[1] nicht möglich oder zur Entschädigung

a. a. O. I S. 344; Crome a a. O. II. S. 69; Mayring a. a. O. Anm. 3; Oertmann a. a. O. Anm 4, Kauffmann a a. O. Anm. 4, Planck a a. O. Anm. 1 zu § 250.

1) Die Naturalherstellung könnte der Bräutigam, im Falle etwa der immaterielle Schaden der Braut in der Herabminderung der Aussicht auf eine Anstellung bestehen würde, durch Verschaffung einer angemessenen Erwerbsstellung leisten.

nicht genügend ist, eine billige Entschädigung in Geld leisten. Andererseits kann er die Braut ohne Weiteres mit Geld abfinden, wenn die Naturalherstellung nur mit unverhältnismässig hohen Aufwendungskosten möglich wäre.

§ 6.

5. Der Kausalzusammenhang.

Selbstverständliche, daher vom Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehobene Voraussetzung für die Geltendmachung eines jeden Schadensersatzanspruches ist, dass der eingetretene Schaden auf das „Verhalten“[1] des Schadensersatzpflichtigen zurückzuführen ist, m. a. W. dass zwischen dem Verhalten des Einen und dem Schaden des Andern ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Das Gleiche gilt bezüglich des negativen Interesses. Da hier das Verhalten des Ersatzpflichtigen darin besteht, dass er in dem Anderen ein Vertrauen erweckt, das sich später als ungerechtfertigt herausstellt, so ist für den Fall der Geltendmachung des negativen Interesseanspruchs der Nachweis erforderlich, dass zwischen dem Erwecken des Vertrauens auf der einen Seite und dem eingetretenen Nachteil auf der anderen Seite ein ursächlicher Zusammenhang besteht.[2]

Die für die Allgemeinheit aufgestellte Regel, dass der Kausalnexus gegeben ist, sowohl wenn das schädigende Ereignis den entstandenen Schaden

1) Handlung oder Unterlassung.
2) Vgl. Titze a. a. O. S. 229.

unmittelbar, als auch wenn es ihn erst mittelbar, indirekt und zwar durch eine dazwischentretende gerechtfertigte Handlung oder Unterlassung des Beschädigten selbst verursacht hat.[1] erleidet für den negativen Interesseanspruch eine Modifikation, indem hier nämlich der Schaden niemals durch das schädigende Ereignis d. h. durch die Erregung des Vertrauens direkt zur Entstehung gebracht wird, vielmehr erst die etwaigen dazwischentretenden, im Vertrauen auf das Verhalten des Anderen vorgenommenen Massnahmen des Geschädigten selbst den Schaden hervorrufen.

Damit der Kausalzusammenhang zwischen dem Erwecken des Vertrauens und dem Eintritt des Schadens gegeben ist, ist nicht erforderlich, dass das Vertrauenerregen der einzige Grund für die Entstehung des Schadens gewesen ist, es genügt vielmehr der Nachweis, dass der Schaden ohne das Verhalten des Haftpflichtigen nicht entstanden wäre.[2]

Von keiner Bedeutung für den Kausalzusammenhang ist einerseits der Umstand, dass der durch das Erwecken der Vertrauensseligkeit hevorgerufene Schaden hinterher auch durch andere Umstände entstanden wäre, und andererseits die Frage, ob der

1) Vgl. Dernburg a. a. O. II S. 66, III.

2) Auf die Unrichtigkeit der u. a. von Matthiass — a. a. O. I S 347 — vertretenen Ansicht, der Kausalzusammenhang bedinge, dass das Verhalten des Schadensersatzpflichtigen eine wesentliche, nächste Bedingung des eingetretenen Schadens bilde, kann mit Rücksicht darauf, dass diese Frage in das allgemeine Gebiet der Schadenshaftung gehört, hier nicht eingegangen werden.

eingetretene Schaden zu erwarten gewesen war oder nicht.[1] Festzustellen, wann und inwieweit im einzelnen Falle das Verhalten des Einen den Schaden des Andern verursacht hat, ist dem freien Ermessen des Richters anheimgegeben.

1) Nach der von uns nicht acceptierten Ansicht Plancks — siehe oben S. 33 — würde freilich das Entgehen eines Gewinns immer nur dann im Kausalzusammenhang mit dem Vertrauenerregen stehen, wenn der Gewinn in dem Zeitpunkt, in welchem das Vertrauen erweckt wurde, bereits mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

3. Kapitel.

Spezieller Teil.

§ 7.

1. Anwendungsgebiet im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses wird vom BGB. nur in einzelnen besonderen Fällen zugesprochen. Unter ihnen sind die wichtigsten und in der Literatur bis jetzt allein systematisch behandelten diejenigen, in denen der Ersatzanspruch ein „unwirksames Rechtsgeschäft" zur Voraussetzung hat. Unter einem unwirksamen[1] Rechtsgeschäft in diesem Sinne verstehen wir ein Rechtsgeschäft, bei dem die Absicht der Parteien auf Zustandekommen gerichtet war, dem aber die gesetzliche Vorschrift die Rechtsgiltigkeit entzieht, sei es ohne weiteres — so im Falle der Nichtigkeit —, sei es, dass noch eine diesbezügliche Erklärung der jeweils berechtigten Person hinzukommenn muss — so im Falle der Anfechtbarkeit. — Die Unwirksamkeit des Rechts-

1) Über den Begriff Unwirksamkeit s. Näheres Brock a. a. O. S. 6 Anm. 3 und die dort angeführte Literatur.

geschäfts kann in den für den negativen Interesseersatz nach BGB. in Betracht kommenden Fällen zurückgeführt werden entweder auf einen Mangel der Willenserklärung oder auf einen Mangel der die Willenserklärung abgebenden Person oder endlich auf einen Mangel des der Willenserklärung zugrunde liegenden Gegenstandes. Für die Fälle erster Art kommt inbetracht der § 122 in Verbindung mit §§ 118, 119, 120 BGB. Er statuiert nämlich einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, den man durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit einer von einem Anderen abgegebenen Erklärung erlitten hat, kurz auf Ersatz des Vertrauensinteresses

1. für den Fall, dass die abgegebene Willenserklärung deshalb nichtig ist, weil sie nicht ernstlich gemeint und in der Erwartung abgegeben ist, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Diese Nichtigkeit liegt insbesondere vor, wenn jemand eine Erklärung im Scherze, zur Belehrung, auf der Bühne oder aus Renommisterei abgibt. Nicht hierher gehören also, obwohl auch bei ihnen die Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung eine beabsichtigte ist: die Simulation und die Mentalreservation. Im Falle der Simulation, wo, wie im Falle des „mangelnden Ernstes" (§ 118) eine Willenserklärung nur zum Scheine abgegeben wird, aber im Gegensatz zu § 118 BGB. sämtliche Kontrahenten hierüber im Einverständnis sind, lässt sich eine Schadensersatzpflicht überhaupt nicht begründen, denn wie könnte derjenige, der an dieser Täuschung beteiligt ist, Anspruch auf Ersatz des etwa ent-

standenen Schdens erheben! Höchstens bestände die Möglichkeit, dass ein unbeteiligter Dritter durch die Simulation zu Schaden käme, in diesem Falle aber würde ihm unter Umständen nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen ein Anspruch auf Ersatz seines vollen Schadens zustehen.

Im Falle der Mentralreservation, wo der Erklärende ebenfalls entsprechend dem Falle des § 118 BGB. absichtlich eine seinem wirklichen Willen nicht entsprechende Erklärung abgibt, dieses aber im Gegensatz zu dem Falle des „mangelnden Ernstes" deshalb tut, um den Andern zu täuschen, kann eine Schadensersatzpflicht schlechterdings überhaupt nicht konstruiert werden, da hier eine Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts gemäss § 116 BGB. nicht eintritt, der Erklärende also stets an seine Willenserklärung gebunden ist.

Der § 122 BGB. gibt den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses

2. für den Fall, dass eine Willenserklärung deshalb angefochten ist, weil der Erklärende einerseits bei ihrer Abgabe sich in einem Irrtum über ihren Inhalt befunden hat oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, andererseits aber auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Voraussetzung für das Anfechtungsrecht sind also zwei Momente, ein objektives und ein subjektives. Das objektive kann einmal darin bestehen, dass der Autor einer Willens-

erklärung eine Erklärung des betreffenden Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, d. h. er bedient sich bei seiner Erklärung irrtümlich einer Form, die anzuwenden er garnicht beabsichtigt hatte, z. B. jemand will eine Lokomobile kaufen, verspricht sich aber und bestellt eine Lokomotive. Hierher würde weiter gehören: das Sichverschreiben, das Sichvergreifen, das Sichversehen etc.[1] Das objektive Erfordernis für den Anfechtungsanspruch kann weiter darin bestehen, dass dem Erklärenden ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung unterlaufen ist, d. h. er hat die abgegebene Erklärung so, wie er sie gemacht hat, zwar machen wollen, jedoch war er sich nicht bewusst, dass er durch sie in der Aussenwelt eine andere Vorstellung erwecken würde, als sie sein innerer Wille beabsichtigte. Jemand bestellt z. B. bei einer Maschinenfabrik, die Gasmotore und Automobile baut, in dem Glauben, Motor sei dasselbe wie Automobil, einen zwölfpferdigen Motor und erhält daraufhin einen Gasmotor: hier würde ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung vorliegen.

Zu dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung rechnet das BGB. durch die Vorschrift des § 119 Abs. 2 auch den Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Wenn also beispiels-

1) Fälschlich rechnet Fischer a. a. O. Anm. 4 a. E. zu § 119 diese Fälle zum „Irrtum über den Inhalt", wie er überhaupt die beiden genannten Irrtumsarten mit einander verwechselt. Vgl. darüber Anm. 6 zu § 119.

weise, um nun mal in der Eisenbranche zu bleiben, jemand einen Gasmotor kauft in dem Glauben, es sei ein Benz'scher, dieser aber tatsächlich aus einer Fabrik mit weniger gutem Geschäftsruf stammt, so befindet sich der Käufer gemäss § 119 Abs. 2 BGB in einem Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung, obwohl er die Herkunft des Fabrikates keineswegs in seine Erklärung aufgenommen hatte.

Das subjektive Moment, welches in den beiden genannten Fällen noch hinzukommen muss, um den Irrtum zu einem erheblichen zu machen, und damit das Recht auf Anfechtung zu begründen, besteht gemäss § 119 BGB. in der Voraussetzung, dass der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles seine Erklärung nicht oder doch wenigstens nicht in der geschehenen Weise abgegeben haben würde. Für die Frage nach der Erheblichkeit des Irrtums ist danach die im Verkehr herrschende Anschauung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles massgebend. Treffen also beide Momente zusammen, so kann der Irrende seine Willenserklärung anfechten, und, hat er angefochten, so trifft ihn die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses.

Diese Verpflichtung konstruiert der § 122 BGB. aber endlich auch

3. für den Fall, dass die Willenserklärung deshalb angefochten ist, weil bei ihrer Übermittelung eine wesentlich falsche Wiedergabe durch das zur Übermittelung verwendete Organ stattgefunden hat.

Dieses Organ kann entweder eine Person oder eine Anstalt sein. Was unter einer Anstalt in diesem Sinne zu verstehen ist, kann nicht zweifelhaft sein, hierher gehört insbesondere das Telephon, der Telegraph, die Post. Sonach ist der Absender eines wesentlich verstümmelten Telegramms berechtigt, seine falsch übermittelte Willenserklärung anzufechten, dafür wird ihm aber die Pflicht des negativen Interesseersatzes auferlegt. Dieser Fall, speziell der bekannte Depeschenfall Weiler-Oppenheim[1] ist der eigentliche Ausgangspunkt der gesamten Lehre vom negativen Interesse gewesen. Weniger unzweifelhaft dürfte dagegen sein, was alles unter „die zur Übermittelung verwendete Person" zu begreifen ist, insbesondere, wenn sie nicht bloss zum Abschreiben oder zur Überbringung einer schriftlichen Aufzeichnung an eine bestimmte Adresse benutzt wird, vielmehr mündlich eine Willenserklärung zu übermitteln hat. Es ist in diesem Falle wohl zu beachten, welche Stellung sie zu dem Urheber der Willenserklärung einnimmt, ob

1) Das Bankhaus Oppenheim in Cöln telegraphierte im Jahre 1856 an das mit ihm in Geschäftsverbindung stehende Bankhaus Weiler in Frankfurt a. M.: „Kaufen Sie 1000 Stück österreichische Kreditaktien". Die Depesche kam in Frankfurt entstellt an, indem sie auf „verkaufen" lautete, woraufhin das Bankhaus Weiler die erwünschte Anzahl Aktien verkaufte. Als sich kurz nachher die Verstümmelung herausstellte, weigerte sich das Bankhaus Oppenheim, den Verkauf als rechtsgültig anzuerkennen, vergl. Ihering Jahrb. für Dogm. IV S. 83, 106; Bekker, Jahrb. für gem. Recht IV S. 169; Windscheid a. a. O. § 309 Anm. 5; Merkel, Kollision rechtmässiger Interessen S. 161; RG. Bd. 28, S. 16. Bernhöft a. a. O. S. 119, 120.

sie lediglich sein Bote, sein Werkzeug, oder ob sie seine Stellvertreterin ist. Denn nur im ersteren Falle würde eine falsche Übermittelung der Aeusserung den Absender anfechtungsberechtigt machen.[1] Bei der Feststellung dieser Frage ist aber nicht etwa so zu verfahren, dass man in jedem Mittelsmann, der nicht zur wortgetreuen Übermittelung verwendet wird, einen Stellvertreter erblickt, vielmehr hat man in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Mittelsperson „lediglich referierte, oder ob die Willenserklärung aus seiner eigenen Erwägung entspringt", denn so sagt Brock[2] treffend weiter: „Man darf nicht nur dann von einer Botschaft reden, wenn der Übermittler gleichsam wie ein abgerichteter Papagei wortgetreu die Erklärung des Absenders ausspricht, gerade bei der am häufigsten vorkommenden Art von Vertragsschlüssen durch sog. Bestellungen wird der Absender seine Erklärung nicht einmal immer genau formulieren".

Für überflüssig, da selbstverständlich, halte ich es, wie Cosack[3] es noch besonders hervorzuheben, dass hierher nicht auch derjenige Mittelsmann zu rechnen ist, der sich mit der Beförderung der Äusserung eigenmächtig, ohne Erteilung eines Auftrages von Seiten des Urhebers der Äusserung

1) Vgl. Dernburg a. a. O. I S. 436, Melliger a. a. O. S. 212 und 213 Anm. 1, Schlossmann, die Lehre von der Stellvertretung, er will einen begrifflichen Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter nicht anerkennen; ebenso Titze — juristisches Literaturblatt vom 1. Juli 1902 No. 136 S. 135.

2) a. a. O. S. 109.

3) a. a. O. I. S. 212.

befasste. Eine solche Person würde eben nicht „eine zur Übermittelung verwendete Person" sein, und daher nicht unter die Vorschrift des § 120 BGB. zu rechnen sein.[1]

Für unrichtig aber halte ich es, dass Cosack[2] auch den Fall ausscheiden will, wo der die Aeusserung verderbt überbringende Mittelsmann, sei es Person oder Anstalt, nicht vom Absender sondern vom Empfänger der Aeusserung bestellt war.[3] Wenn Cosack meint, ein Irrtum, der bei einer empfangsbedürftigen Erklärung auf Seiten des Empfängers obwalte, berechtige nicht zur Anfechtung der Erklärung, so hat er damit recht, da § 19 BGB. ausdrücklich bestimmt, dass derjenige seine Erklärung anfechten kann, der bei Abgabe der Erklärung sich in einem erheblichen Irrtum befunden habe. Wie aber hieraus Cosack ableiten kann, dass eine Willenserklärung, wenn sie durch die vom Empfänger selbst bestellte Mittelsperson unrichtig übermittelt worden ist, überhaupt nicht erst angefochten zu werden braucht, ist nicht einzusehen, wo § 120 BGB. doch lediglich von der zur Übermittelung verwendeten Person oder Anstalt spricht, ohne auch nur die Erheblichkeit der Bestellung anzudeuten. Oder sollte Cosack die Regel des § 119 BGB. etwa deswegen für den § 120 BGB heranziehen, weil dieser bestimmt, dass die falsch übermittelte Willenserklärung nur unter der gleichen

1) Vgl. Melliger a. a. O., S. 214.
2) a. a. O. I. S. 212.
3) Ebenso Rehbein a. a. O. S. 141.

Voraussetzung angefochten werden kann, wie nach § 119 BGB. eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung? Dass diese Bestimmung lediglich besagen will, dass der Erklärende die unrichtig übermittelte Willenserklärung nur dann anfechten kann, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Zu welchen Resultaten würde zudem die Ansicht Cosack's führen!

1. Angenommen, A fragt telegraphisch bei B an, ob er von ihm 1000 Aktien kaufen wolle; B telegraphiert „nein"; das Telegramm kommt aber mit der Antwort „ja" in den Besitz des A. Unstreitig: zur Unwirksamkeit des Vertrages ist Anfechtung von Seiten des B erforderlich.

2. A bezahlt bereits die Rückantwort des Telegramms. B benutzt das beigelegte Depeschenformular und antwortet „nein"; der Telegraph aber macht hieraus „ja". Nach Cosack braucht B diese seine angebliche Annahme nicht erst anzufechten und zwar deswegen, weil der Mittelsmann, hier das Telegraphenamt, vom Empfänger A bereits bestellt war! Würde B die beigelegte bezahlte Depesche dagegen nicht benutzt haben, sondern selbst eine neue Depesche aufgegeben haben, so würde er nach Cosack's Ansicht in diesem Falle zur Herbeiführung der Unwirksamkeit des Geschäfts wieder zur Anfechtung verpflichtet

sein! Schon dieses Beispiel dürfte die Unhaltbarkeit der Cosack'schen Ansicht ergeben.[1]

Schliesslich muss hier auch noch auf die m. E. falsche Ansicht derjenigen Schriftsteller[2] eingegangen werden, die die Ersatzpflicht aus dem § 120 BGB. in Verbindung mit § 122 BGB. dann nicht entstehen lassen wollen, wenn die zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt eine ganz andere Erklärung überbringt, als sie der Erklärende abgegeben hat. Sie stützen sich in ihrer Begründung darauf, dass hier nicht mehr eine entstellte Uebermittelung, sondern eine „andere Erklärung", „eine ganz verschiedene Mitteilung", „eine eigene Erklärung des Boten", „eine selbstständige Abgabe einer anderen Willenserklärung" vorliege, durch die der angebliche Geschäftsherr in keiner Weise verbunden, also auch nicht zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet würde. Diese Unterscheidung stützt sich lediglich auf eine Buch-

---

1) Auch Melliger vertritt die gleiche Ansicht wie Cosack, doch sehe ich von einer besonderen Widerlegung seiner falschen Deduktion (a. a. O. S. 216 Anm. 1) ab, da er seine Behauptung nur für das gemeine Recht aufstellt, und ich nicht annehme, dass er sie bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch auf das BGB. ausdehnen will. Da Melliger zwischen dem Erklärenden und der Mittelsperson zur Begründung der Schadensersatzpflicht für das gemeine Recht ein Mandats- oder ähnliches Rechtsverhältnis konstruiert, ermangelt seine Ansicht, dass nur derjenige haftbar ist der den Boten bestellt hat, allerdings nicht der Berechtigung.

2) Dernburg a. a. O. I. S. 436; A. Engelmann a. a. O. S. 108, Hölder a. a O. S. 267, Endemann a. a. O. I. S. 346 Anm. 16, Brock a. a. O. S. 110 Anm. 25. A. M. Planck a. a. O. Anm. zu § 120, Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 164 A 1., Matthiassa a.. O. I, S. 192.

stabeninterpretation; ein innerer Grund mangelt ihr gänzlich. Das Gesetzbuch will durch den § 120 BGB. demjenigen Schutz gewähren, der im guten Glauben eine ihm durch eine Mittelsperson überbrachte Willenserklärung als von dem Absender abgegebene betrachtet, und da sollte es dem Dritten diesen Schutz versagen, wenn der Ueberbringer unter Umständen rein zufällig etwas ganz anderes ausrichtet als ihm aufgetragen war? Kann eine innere Begründung für solche Unterscheidung schlechterdings nicht gefunden werden, so gibt auch noch nicht einmal der Wortlaut des Gesetzes für solche Auslegung Raum, spricht doch § 120 BGB. durchaus nicht von dem engen Begriff „Entstellung", sondern ganz allgemein von unrichtiger Uebermittelung, die vorliegt, sobald auch nur die abgegebene Erklärung in einer anderen als der ursprünglichen Form an den Adressaten gelangt. Und worin sollte ferner das unterscheidende Merkmal zwischen „falscher Übermittelung" und „verschiedener Mitteilung" zu finden sein! Die Vertreter dieser Unterscheidung würden beispielsweise, wenn ein Dienstmädchen anstatt 10 Pfund Kalbfleisch, wie ihr aufgetragen, 10 Pfund Schweinefleisch bestellt, hier doch gewiss nur eine falsche Übermittelung als gegeben annehmen, aber liegt hier nicht bereits eine ganz verschiedene Mitteilung, eine ganz andere Erklärung vor, oder sollte man erst von ihr sprechen dürfen, wenn das Mädchen 5 Pfund Wurst in Bestellung gibt oder den Metzger

zum Wursten bestellt? Die Schuld[1] des Absenders, dass er sich eines so wenig zuverlässigen Mädchens zur Ueberbringung seiner Willenserklärung bedient, ist doch in beiden Fällen die gleiche, und die Annahme des Metzgers, dass ihm der wahre Wille des Absenders mitgeteilt ist, in beiden Fällen gleich gerechtfertigt, warum dann also eine Unterscheidung! Eine solche enge Interpretation der unrichtigen Übermittelung würde zu folgender offenbaren Ungerechtigkeit führen. Wenn A einen Boten an B und C mit je einer besonderen Mitteilung schickt, und der Bote versehentlich die für B bestimmte Botschaft dem C und die an C gerichtete dem B ausrichtet, so würde, da die an B bezw. C übermittelte Willenserklärung doch keineswegs entstellt ist, A jeglicher Ersatzpflicht ledig sein.

Wir kommen nun zu dem weiteren Fall, dass die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts auf einen Mangel der die Willenserklärung abgebenden Person zurückzuführen ist. Hier kommen für die Frage nach der Pflicht des negativen Interesseersatzes die Vorschriften des § 179 Abs 2 BGB. in Betracht. Nach ihnen ist der Vertreter,[2] falls er einen Vertrag ohne Vertretungsmacht abschliesst, und der Vertretene die Genehmigung verweigert, dann dem anderen Teile zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet, wenn er, der Vertreter, selbst den

1) Die im Falle des § 120 durchaus nicht notwendig gegeben sein muss, darüber siehe später.

2) Eigentlich kann man beim Handeln ohne Vertretungsmacht nicht von einem „Vertreter“ sprechen.

Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Der Voraussetzungen gibt es für diesen negativen Interesseanspruch also drei. Die erste Bedingung ist die, dass der Vertreter den Vertrag ohne Vertretungsmacht abschliesst. Die zweite Voraussetzung bildet die Verweigerung der Genehmigung des Vertrages von Seiten des Vertretenen. Denn erst durch die Nichtausübung des Genehmigungsrechtes, das dem Vertretenen gemäss § 177 BGB. zusteht, tritt die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages ein. Vorher besteht für den Vertretenen immer noch die Möglichkeit, durch die ratihabitio den Vertrag in der Richtung auf seine Person selbst zur Wirksamkeit zu bringen, sodass von einem Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter in diesem Falle nicht die Rede sein kann. Die dritte Bedingung ist endlich die Unkenntnis des Vertreters von dem Mangel der Vertretungsmacht. Diese Bedingung ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil ihr Vorhandensein ausschlaggebend ist für den Umfang der Haftung des falsus procurator.[1] War

1) Der Entwurf I machte zwischen Kennen und Nichtkennen der mangelnden Vertretungsmacht keinen Unterschied, gab viel dem Dritten gegen den falsus procurator in beiden Fällen das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Zu dieser Regelung war man gekommen in der Erwägung, dass nach den Verkehrsanschauungen jeder, der als ermächtigter Vertreter auftrete, ohne Rücksicht darauf, ob ihn eine Fahrlässigkeit treffe, voll dafür einzustehen habe, dass die Vertretungsmacht vorhanden sei, oder doch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich hinzutrete, wenn auch theoretisch Manches dafür spreche, die Haftung des Vertreters, soweit er sich nicht eines Betruges schuldig mache, auf das negative Interesse zu beschränken — vgl. Motive I S. 243 u. 244. — Erst die

ihm nämlich bekannt, dass er ohne Vertretungsmacht handelte,[1] so ist seine Haftung nicht auf den Ersatz des negativen Interesses beschränkt, vielmehr ist er gemäss Abs. I des § 179 BGB. dem Dritten nach dessen Wahl zur Erfüllung des Vertrages oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet.[2] Dass unter dem „Schadensersatz" in Alinea I des § 179 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also das positive Interesse, zu verstehen ist, ergibt sich einerseits aus der Gegenüberstellung von „Erfüllung" und „Schadensersatz" im Abs. I, andererseits aus der Verschiedenheit der Fassungen des Abs. I und 2.[3] [4]

Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs erkannte die Notwendigkeit, einen Unterschied zwischen der Kenntnis und Unkenntnis des Mangels seitens des Vertreters zu machen, an, und nahm einen Antrag, nach welchem der Vertreter, wenn er im Irrtum über den Mangel der Vertretungsmacht war, nur für das negative Interesse hafte, an in der Erwägung, dass in diesem Falle durch die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses den Verkehrsbedürfnissen genügt und den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit durchaus Rechnung getragen werde — vgl. Protokolle I S. 158 ff. — Dieser Standpunkt ist auch in das BGB. übergegangen.

1) In diesem Falle braucht nicht immer Böswilligkeit vorzuliegen, der Vertreter kann auch in Erwartung der später folgenden Genehmigung des dominus gehandelt haben.

2) Über die Frage, wie dieses Wahlrecht praktisch ausgeübt wird, vgl. Hölder a. a. O. S. 378, Melliger a. a. O. S. 90, Crome a. a. O. S. 471; Planck a. a. O. I S. 222 Abs. 2; Brock a. a. O. S. 87 Anm. 27 A. M: Hellmann, Vorträge, allgemeiner Teil S. 109.

3) Der Entwurf I liess einen Zweifel garnicht erst aufkommen, da er im § 125 ausdrücklich bestimmte, dass der Vertreter zur Erfüllung oder zum „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" verpflichtet ist.

4) Vgl. Melliger a. a. O. S. 89.

War bisher die Pflicht des negativen Interesseersatzes dem falsus procurator nur für den Fall des Vertragsschlusses auferlegt, so zeigt uns der § 180 BGB., dass der gleiche Interesseanspruch unter Umständen auch bei einseitigen Rechtsgeschäften zur Entstehung kommen kann. Von dem an der Spitze des § 180 BGB. aufgestellten Grundsatze, dass bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig, das Rechtsgeschäft in diesem Falle also nichtig ist, wird im Satz 2 desselben Paragraphen eine Ausnahme gemacht für empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte. Auf diese finden nämlich unter einer bestimmten Voraussetzung die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung, sodass auch für sie — nur das ist für uns von Bedeutung — die Regeln des § 179 BGB. über die Haftung des falsus procurator bei Verträgen Giltigkeit haben. Die Bedingung, die für diesen Fall erfüllt sein muss ist die, dass derjenige, welchem gegenüber das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen wird, entweder die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder damit einverstanden ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, m. a. W. die Vorschriften des § 179 BGB. kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Empfänger der Willenserklärung entweder für den Fall, dass ihm der Mangel der Vertretungsmacht nicht bekannt ist, den falsus procurator nicht zurückweist, insbesondere nicht die Vorlegung seiner Vollmachts-

urkunde verlangt,[1] oder im Falle, dass er den Mangel der Vertretungsmacht kennt, trotzdem über den Mangel hinwegsieht und sich auf das Rechtsgeschäft einlässt, wobei eine ausdrückliche diesbezügliche Erklärung nicht erforderlich ist.[2] Dieses ist der allgemeine Satz, der sich aus dem § 180 BGB. deduzieren lässt. Er erleidet eine Einschränkung durch den § 179 BGB. selbst. Denn da der Abs. 3 dieses Paragraphen die Haftpflicht des falsus procurator für den Fall gänzlich aufhebt, dass der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste,[3] kann auch bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften, falls der Empfänger damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, von einer Ersatzpflicht des falsus procurator mit Rücksicht auf die hier vorliegende Kenntnis des Empfängers von dem Fehlen der Vertretungsmacht nicht die Rede sein. Somit ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft eine Haftpflicht des Vertreters ohne Vertretungsmacht nur dann begründet, wenn der Empfänger der Willenserklärung von dem Mangel der Vertretungsmacht nichts wissend die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet. Nur in diesem einen Falle ist der falsus procurator entweder zur Erfüllung resp. zur Leistung des Erfüllungsinteresses (§ 179 Abs. 1 BGB.) oder zum

1) Vgl. § 174 BGB.

2) Vgl. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 180, Endemann a. a. O. S. 412 Anm. 14.

3) Über den Fortfall der Ersatzpflicht s. später Genaueres.

Ersatze des negativen Interesses (§ 179 Abs. 2 BGB.) verpflichtet. Der Ersatz des letzteren Interesses ist dann zu leisten, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht selbst nicht gekannt hat.

Den letzten Fall, in dem der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses ein „unwirksames Rechtsgeschäft" zur Voraussetzung hat, und zwar wo in Sonderheit die Unwirksamkeit auf einen Mangel des der Willenserklärung zugrunde liegenden Gegenstandes zurückzuführen ist,[1] bildet schliesslich der § 307 BGB., indem er demjenigen, der bei der Schliessung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste, den Ersatz desjenigen Schadens auferlegt, den der andere Teil dadurch erlitten hat, dass er auf die Giltigkeit des Vertrages vertraute.

Danach sind es drei Bedingungen, von deren Erfüllung der § 307 BGB. den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses abhängig macht: 1. objektive Unmöglichkeit der Leistung, 2. ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung und 3. Kennen oder Kennenmüssen der Leistungsunmöglichkeit auf Seiten eines Vertragsteils zur Zeit des Vertragsschlusses. In erster Linie wird also objektive Unmöglichkeit gefordert, d. h. es muss sich um eine Leistung handeln, die für jedermann unmöglich ist, denn nur in diesem Falle ist der abgeschlossene Vertrag

1) Vgl. oben S. 53.

nichtig.[1] Es kann daher nicht inbetracht kommen das sog. Unvermögen d. h. eine Unmöglichkeit, die nur auf den persönlichen Verhältnissen des Verpflichteten beruht, und die die Giltigkeit des auf sie gerichteten Vertrages in keiner Weise berührt.[2] [3] Ein weiteres Erfordernis für den Interesseanspruch besteht darin, dass die Unmöglichkait eine ursprüngliche sein muss, d. h. dass die Leistung sich bereits zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses als unmöglich darstellt, wobei es ohne Bedeutung ist, sowohl ob die Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses oder später erfüllt werden soll, als auch ob die Leistung, falls sie erst später zu bewirken ist, nach Abschluss des Vertrages noch möglich werden kann. Schliesslich hängt der Anspruch auf Ersatz des Vertragsinteresses noch davon ab, dass die Gegenpartei die Unmöglichkeit der Leistung bereits bei Schliessung des Vertrages kannte oder kennen musste. Die Kenntnis oder die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis verpflichtet die Gegenpartei also dann nicht zum negativen Interesseersatz, wenn sie erst nach Abschluss des Vertrages von der Unmöglichkeit der Leistung Kenntnis erhält

---

1) Vgl. § 306 BGB.

2) Das BGB. hebt diesen Unterschied dadurch hervor, dass es die objektive Unmöglichkeit „Unmöglichkeit der Leistung" schlechthin, die subjektive Unmöglichkeit „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" nennt; vgl. § 275 Abs. 1 u. 2 BGB. und Motive II S. 45 ff.

3) Die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zu ziehen, ist oft sehr schwierig, vgl. darüber am besten Titze a. a. O. S. 59 ff.

oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte Kenntnis erlangen können.

In Abs. 2 des § 307 BGB. werden zwei Fälle statuiert, für welche die eben entwickelten Regeln eine entsprechende Anwendung finden. Der erste Fall betrifft die nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung. Man hat bei ihr zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Entweder ist, und das ist der Grundsatz, das ganze Rechtsgeschäft gemäss § 139 BGB. nichtig, oder es ist, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, in Ansehung des möglichen Teils giltig. Bei völliger Nichtigkeit kommen die Vorschriften des Abs. 1 ohne jegliche Einschränkung zur Anwendung, bei teilweiser Giltigkeit jedoch finden die Regeln des Abs. 1 nur entsprechende Anwendung, d. h. insoweit Leistung erfolgen kann, besteht die Pflicht, sie zu bewirken, daneben hat derjenige, der die teilweise Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, dem andern Teil denjenigen Schaden zu ersetzen, den dieser durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit des ganzen Vertrages erlitten hat.[1] Zu dem gleichen Resultate

---

1) z. B. A verkauft dem B ein Grundstück von 20 Morgen, das in Wirklichkeit nur eine Grösse von 15 Morgen hat. Grundsatz ist, dass das Kaufgeschäft nichtig und infolgedessen A, da ihm die Unmöglichkeit der versprochenen Leistung beim Vertragsschluss bekannt war, gemäss § 307 Abs. 1 BGB. zum Ersatz des negativen Interesses bezüglich des ganzen Vertrages verpflichtet ist. Zu einer Gegenleistung ist B nicht verpflichtet. War dagegen anzunehmen, dass das Kaufgeschäft auch hinsichtlich des möglichen Teils der Leistung, also hinsichtlich der 15 Morgen Land abgeschlossen wäre, so hat A dem B die 15 Morgen zu

würde man gelangt sein, auch wenn die ausdrückliche diesbezügliche Vorschrift im Abs. 2 des § 307 BGB. fehlen würde. Bereits in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. war geltend gemacht worden, dass diese Vorschrift sich von selbst verstehe und demgemäss entbehrt werden könne.[1] Trotzdem hat sich die Kommission für die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Fassung des Abs. 2 entschieden in der Erwägung, die Auslegung könne zu dem unrichtigen Ergebnisse gelangen, dass die Vorschriften des Absatzes 1 hier nicht zuträfen, weil der Vertrag bestehen bleibe. Diese Besorgnis war m. E. nicht angebracht, da einerseits § 307 BGB. die Ersatzpflicht nicht von der Nichtigkeit des Vertrages, sondern von der Unmöglichkeit der Leistung, was doch nicht identisch ist, abhängig macht, andererseits das Recht des BGB. den negativen Interesseanspruch keineswegs wie im gemeinen Recht nur bei unwirksamen Verträgen gibt, ihn vielmehr auch bei rechtsgiltigem Bestande eines Vertrages statuiert.[2]

Wenn Melliger a. a. O. S. 82 meint, Veranlassung zu dem Abs. 2 des § 307 BGB. sei wenigstens für den Fall „teilweiser Unmöglichkeit" für den Gesetzgeber die Absicht gewesen, durch das

---

übertragen und ist zum Ersatz des negativen Interesses nur soweit verpflichtet, als dem B durch sein Vertrauen auf die Erlangung von 20 Morgen ein Schaden entstanden ist. B hat nun natürlich den entsprechenden Kaufpreis für 15 Morgen zu entrichten. Vgl. Beispiel bei Bernhöft a. a. O. S. 114.

1) Vgl. Protokolle I S. 454 und Motive II S. 179.

2) Vgl. z. B. § 523 Abs. 1 BGB.

„entsprechend" andeuten zu wollen, dass bei Berechnung des negativen Interesses nicht bloss das mathematische Verhältnis zwischen dem möglichen und unmöglichen Teil, sondern ähnlich wie bei der Frage der Giltigkeit bezw. Ungiltigkeit das wirtschaftliche Verhältnis zu berücksichtigen sei, so schiebt er hierdurch dem Gesetzgeber etwas unter, an das dieser nicht im entferntesten gedacht haben kann. Den Sinn nämlich, den Melliger dem Wort „entsprechend" beilegt, kennt der Sprachgebrauch des BGB. nicht. Dieses gebraucht den Ausdruck „entsprechend" nur in der Absicht, um zu vermeiden, dass die auf den ähnlich liegenden Fall ausgedehnten Gesetzesbestimmungen nun abstrakt angewendet werden, es soll vielmehr die vorhandene Verschiedenheit der beiden Fälle nicht aus dem Auge verloren werden, d. h. diese Verschiedenheit soll bei der Anwendung der Gesetzesnorm immer ihre entsprechende Berücksichtigung finden.

Der zweite Fall, für den die im Abs. 1 des § 307 BGB. aufgestellten Regeln entsprechende Anwendung finden, ist gemäss Abs. 2 des § 307 BGB. dann gegeben, wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist.[1] Wenn man der Vereinfachung wegen nur zwei Leistungen als wahlweise versprochen annimmt, so besteht die Möglichkeit, dass sie gerichtet sind:

entweder auf eine ursprünglich unmögliche und auf eine mögliche Leistung,

1) s. Oertmann a. a. O. Anm. 6 zu § 307, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 271, Kleineidam a. a. O. S. 43.

oder auf eine ursprünglich unmögliche und auf eine nachträglich unmögliche Leistung,
oder endlich auf zwei ursprünglich unmögliche Leistungen.

Natürlich kommen hier nicht die Fälle inbetracht, in denen die Alternativobligation gerichtet ist:

entweder auf zwei mögliche Leistungen,
oder auf eine nachträglich unmögliche und auf eine mögliche Leistung,
oder endlich auf zwei nachträglich unmögliche Leistungen,

da mit Rücksicht auf das Fehlen der ursprünglichen Unmöglichkeit in diesen Fällen überhaupt nicht von einem Anspruch auf negativen Interesseersatz die Rede sein kann.

Da der § 307 Abs. I BGB. die Pflicht zum negativen Interesseersatz davon abhängig macht, dass entweder der Gläubiger oder der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung beim Vertragsschluss kannte oder kennen musste, da weiter gemäss § 262 BGB. entweder dem Gläubiger oder dem Schuldner das Wahlrecht bei der Alternativobligation zusteht, so ist zu untersuchen, welche Wirkungen die Anwendung dieser einzelnen Möglichkeiten auf die für uns in betracht kommenden verschiedenen Zusammensetzungen der Alternativschuld hervorruft.

A. Nehmen wir, im Falle die Wahlschuld aus einer ursprünglich unmöglichen und aus einer möglichen Leistung besteht an:

1. dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, und der Schuldner hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt resp. hätte sie kennen müssen, dann beschränkt sich nach § 265 BGB. das Schuldverhältniss auf die noch mögliche Leistung, d. h. der Schuldner hat die noch mögliche Leistung vorzunehmen. In diesem Falle aber erleidet der Gläubiger in keiner Weise irgend einen Schaden, denn der Schuldner hätte ja selbst bei Möglichkeit aller Leistungen die nun vorgenommene wählen können. Anspruch auf Ersatz des negativen Interessen kann hier also nicht in Frage kommen.[1] Es ist daher unrichtig, wenn Ebert[2] in Bezug auf die Vorschrift des § 265 BGB. ganz allgemein sagt, die Kenntnis oder die verschuldete Unkenntnis der Unmöglichkeit verpflichte zum Ersatz des negativen Interesses.

2. dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, und der Gläubiger hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt oder hätte sie kennen müssen, dann konzentriert sich auch hier gemäss § 265 BGB. das Schuldverhältnis auf die mögliche Leistung, jedoch hat jetzt der Schuldner einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, nämlich auf Ersatz desjenigen Schadens, der

---

1) Vgl. Titze a. a. O. S. 231 A. a; Brock a. a. O. S. 135 I. 1. b, Melliger a. a. O. S. 83.

2) In Fischer-Henle Anm. 1 ad § 265.

ihm durch sein Vertrauen auf das Bestehen seines Wahlrechts entstanden ist.[1]

3. dem Gläubiger steht das Wahlrecht zu, und der Gläubiger hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt resp. hätte sie kennen müssen, dann konzentriert sich das Wahlrecht des Gläubigers auf die mögliche Leistung, und da der Schuldner hierdurch einen Schaden nicht erleidet, entsteht für ihn ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nicht.[2]

4. dem Gläubiger steht das Wahlrecht zu, und der Schuldner hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt bezw. hätte sie kennen müssen, dann wird wiederum das Wahlrecht des Gläubigers auf die mögliche Leistung beschränkt, daneben aber steht ihm der Anspruch auf Ersatz des ihm durch sein Vertrauen auf das Wahlrecht entstandenen Schadens zu.[3]

B. Nehmen wir, im Falle die Wahlschuld aus einer ursprünglich unmöglichen und einer nachträglich unmöglichen Leistung besteht, an:

I. dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, und er selbst hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt resp. fahrlässig nicht gekannt, so ist weiter zu unterscheiden,

1. Wenn der Eintritt der nachträglichen Unmöglichkeit auf Zufall beruht, so entsteht für den Gläubiger dem Wortlaut des Gesetzes nach über-

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 135 I. 1. c.; Titze a. a. O. S. 232 B. a.

2) Vgl. Titze a. a. O. S. 235 D. a; Brock a. a. O. S. 136 2. c

3) Vgl. Titze a. a. O. S. 234 C. a; Brock a. a. O. S. 136 2. b.; Laband, Archiv für zivilist. Praxis Bd. 74, S. 5.

haupt kein Anspruch. Denn da zur Zeit, als die Unmöglichkeit der zweiten Leistung noch nicht eingetreten war, das Schuldverhältnis sich nach § 265 BGB. auf diese mögliche Leistung beschränkte, so wäre der Schuldner durch Erfüllung dieser Leistung seinen Verpflichtungen vollständig nachgekommen. Dass nun hinterher die von ihm in Aussicht genommene Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat, kann ihm nicht zur Last gelegt werden, dieser Umstand daher ihm irgend eine Ersatzpflicht nicht aufbürden. Der Sinn und der Zweck des Gesetzes führt aber zu einem andern Ergebnis. Danach ist dem Schuldner in der Erwägung, dass er trotz seines Kennens resp. Kennenmüssens von der ursprünglichen Unmöglichkeit der einen Leistung die Alternativobligation abgeschlossen und dadurch die Konzentration des Schuldverhältnisses auf diese Leistung von vornherein verhindert hat, die Pflicht zum Ersatz desjenigen Schadens aufzuerlegen, den der Gläubiger durch sein Vertrauen auf die Giltigkeit der ursprünglich unmöglichen Leistung erlitten hat, d. h nichts anderes als die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses.[1] Welche von beiden Leistungen die Maximalgrenze für den Umfang des negativen Interesses bilden soll, steht im Belieben des Schuldners.

2. Wenn der Eintritt der nachträglichen Unmöglichkeit auf die Schuld des Schuldners zurück-

1) Vgl. ausführlich Brock a. a. O. S. 137 u. 138, ferner Melliger a. a. O. S. 84 u. Titze a. a. O. S. 231 A. b.

zuführen ist, so haftet der Schuldner gemäss § 280 BGB. für das Erfüllungsinteresse, das der Gläubiger an der nachträglich unmöglichen Leistung hat.[1]

3. Wenn die Leistung infolge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, so steht dem Gläubiger gemäss § 275 Abs. I BGB. ein Anspruch überhaupt nicht zu.[2]

II. dem Schuldner kommt das Wahlrecht zu, und der Gläubiger hat die ursprüngliche Unmöglichkeit gekannt bezw. schuldhaft nicht gekannt, und ausserdem:

1. Die nachträgliche Unmöglichkeit beruht auf Zufall, dann hat der Schuldner gegenüber dem Gläubiger gemäss § 307 Abs. I BGB. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses.[3]

2. Die nachträgliche Unmöglichkeit ist auf die Schuld des Schuldners zurückzuführen, dann haftet der Schuldner gemäss § 280 BGB. dem Gläubiger für das positive Erfüllungsinteresse, das der Gläubiger an der Erfüllung der nachträglich unmöglichen Leistung hat; wenn aber auch dem Schuldner durch sein Vertrauen auf die Möglichkeit der andern — ursprünglich unmöglichen — Leistung ein Schaden entstanden ist, so hat auch er Anspruch auf Ersatz dieses Schadens d. h. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses.[4]

---

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 138 β, etwas abweichend Titze a. a. O. S. 233 A. c. vgl. dazu Brock a. a. O. S. 138 Anm. 18.
2) Vgl. Brock a. a. O. S. 139 β, Titze a. a. O. S. 232 d.
3) Vgl. Titze a. a. O. S. 233 c; Brock a. a. O. S. 139 α.
4) Vgl. Titze a. a. O. S. 233 d.

3. Die nachträgliche Unmöglichkeit beruht auf einem vom Gläubiger zu vertretenden Umstand, dann steht dem Schuldner gegen den Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu.[1]

III. Dem Gläubiger steht das Wahlrecht zu, und ihm selbst war die ursprüngliche Unmöglichkeit bekannt resp. hätte bekannt sein müssen, und ferner

1. Die nachträgliche Unmöglichkeit beruht auf Zufall, dann hat der Schuldner einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Dem Gläubiger steht aber mit Rücksicht auf seine Wahlbefugnis das Recht zu, zu bestimmen, welche von den unmöglichen Leistungen die Maximalgrenze für den Umfang des negativen Interesses bilden soll.[2]

2. Die nachträgliche Unmöglichkeit hat der Schuldner zu verantworten, hier kommt für den Schuldner ein Anspruch nicht zur Entstehung, dagegen hat der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses an der später unmöglich gewordenen Leistung.[3]

3. Die nachträgliche Unmöglichkeit beruht auf einem vom Gläubiger zu vertretenden Umstand,

---

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 139 β, insbesondere Anm. 20, zum Teil abweichend Titze a. a. O. S. 234 e. Mit Brock halte ich die Deduktion Titzes für falsch, da er bei der Interpretation des § 265 S. 2 übersieht, dass die Beschränkung nur dann nicht eintreten soll, wenn die Leistung unmöglich wird und nicht auch dann, wenn sie bereits ursprünglich unmöglich ist, welche beiden Begriffe vom BGB. immer scharf auseinander gehalten werden.

2) Vgl. Titze a. a. O. S. 235 D. b., Brock a. a. O. S. 142 c. a.

3) Vgl. Brock a. a. O. S. 144 δ, anscheinend nicht übereinstimmend Titze a. a. O. S. 236 c.

dann haftet der Gläubiger dem Schuldner auf Ersatz des negativen Interesses.[1]

IV. Der Gläubiger hat das Wahlrecht, und der Schuldner wusste resp. musste wissen um die ursprüngliche Unmöglichkeit, und ferner

1. Die nachträgliche Unmöglichkeit beruht auf Zufall, dann hat der Schuldner dem Gläubiger das negative Interesse zu ersetzen.[2]

2. Die Unmöglichkeit wird nachträglich durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt, dann hat der Gläubiger sowohl Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses mit Rücksicht auf die Kenntnis bezw. fahrlässige Nichtkenntnis des Schuldners bezüglich der ursprünglich unmöglichen Leistung als auch auf das Erfüllungsinteresse an der nachträglich unmöglich gewordenen Leistung.[3]

3. Die anfänglich mögliche Leistung wird später durch die Schuld des Gläubigers unmöglich, dann hat der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses.[4]

C. Nehmen wir, im Falle die Alternativschuld aus zwei ursprünglich unmöglichen Leistungen besteht, an:

1. Dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, und er selbst ist es, der die ursprüngliche Unmöglichkeit

1) A. M. Titze a. a. O. S. 234 e und Brock a. a. O. S. 143 c. γ, beide auch von einander abweichend.

2) Vgl. Titze a. a. O. S. 235 c; Brock a. a. O. S. 142 2. b. α.

3) Vgl. Melliger a. a. O. S. 84, Brock a. a. O. S. 142 γ. A. M. Titze a. a. O. S. 235 d.

4) Vgl. Brock a. a. O. S. 144 c; Titze a. a. O. S. 235 e.

einer der versprochenen Leistungen kannte resp. aus Fahrlässigkeit nicht kannte; in diesem Falle steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses zu, wobei der Schuldner die für die Höchstgrenze des Schadensersatzumfanges massgebende Leistung selbst bestimmen kann.[1]

2) Der Schulder hat zu wählen. und auf Seiten des Gläubigers liegt Kenntnis resp. fahrlässige Nichtkenntnis von der Unmöglichkeit einer der wahlweise versprochenen Leistungen vor; hier erwächst dem Schuldner in Bezug auf die vom Gläubiger als unmöglich gekannte bezw. fahrlässig nicht gekannte Leistung ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensinteresses.[2]

3) Die Wahl kommt dem Gläubiger zu, und er selbst hat beim Abschluss des Vertrages die ursprüngliche Unmöglichkeit einer Leistung gekannt resp. fahrlässig nicht gekannt; dann hat er dem Schuldner das negative Interesse zu ersetzen, darf aber bestimmen, welche der Leistungen als Maximalgrenze für den Interesseumfang dienen soll.[3]

4) Wahlbefugnis hat der Gläubiger, und die Kenntnis bezw. verschuldete Nichtkenntnis von der ursprünglichen Unmöglichkeit einer Leistung findet sich auf Seiten des Schuldners; in diesem Falle hat der Schuldner dem Gläubiger bezüglich dieser einen Leistung das negative Interesse zu ersetzen.[4]

---

1) Vgl. Titze a. a. O. S. 232 e; Brock a. a. O. S. 144 α.

2) Vgl. Titze a. a. O. S. 233 b; Melliger a. a. O. S. 84; Brock a. a. O. S. 145 c. α.

3) Vgl. Titze a. a. O. S. 236 e; Brock a. a. O. S. 146 2. c. α.

4) Vgl. Titze a. a. O. S. 234 b; Brock a. a. O. S. 146 2. a. α.

Bei zugleich gegebener Kenntnis der ursprünglichen Unmöglichkeit hinsichtlich beider Leistungen ändert sich an diesen Ergebnissen im Wesentlichen nichts.

Sprachen wir bisher immer nur von der faktischen Unmöglichkeit, so dürfen wir hier auch nicht des Falles vergessen, in dem auch bei rechtlicher Unmöglichkeit d. h. der Unmöglichkeit, die auf juristischen Gründen beruht, der Auspruch auf Ersatz des negativen Interesses vom Gesetz gegeben wird. Dadurch nämlich, dass § 309 BGB. die Vorschriften des § 307 BGB. auf Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, also gemäss § 134 BGB. nichtig sind, ausdehnt, wird demjenigen, der bei Abschluss eines solchen Vertrages das gesetzliche Verbot kannte oder kennen musste, die Pflicht auferlegt, dem Anderen den Vertrauensschaden zu ersetzen.[1] Ein Vertrag verstösst gegen ein gesetzliches Verbot, sowohl wenn durch ihn eine gesetzlich verbotene Leistung versprochen wird, als auch dann, wenn der Abschluss des Vertrages selbst durch Gesetz verboten ist.

Man könnte hieran anschliessend mit einer gewissen Berechtigung zu der Frage kommen, ob die Vorschriften des § 307 BGB. nicht auch auf die

1) Über den angeblichen Zweck dieser Sonderbestimmung s. Melliger a. a. O. S. 85, dem ich aber nicht beitreten kann, da ich in einer gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Leistung eine anfänglich unmögliche Leistung im Sinne des § 307 BGB. nicht erblicken kann.

gegen die guten Sitten verstossenden Verträge auszudehnen seien, denn da das Gesetz im § 138 BGB. bestimme: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig", so sei ein gegen die guten Sitten verstossender Vertrag zugleich auch ein gegen ein Gesetz verstossender Vertrag. Eine solche Deduktion würde deswegen falsch sein, weil im BGB. die gegen die guten Sitten verstossenden Verträge gegenüber den gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Verträgen eine ganz selbständige Kategorie bilden,[1] die ersteren also keineswegs unter die letzteren zu subsumieren sind, und beide daher nicht ohne Weiteres den gleichen Gesetzesvorschriften unterstehen. Hätten die Vorschriften des § 309 BGB. bezüglich des negativen Interesseersatzes auch auf die gegen die guten Sitten verstossenden Verträge ausgedehnt werden sollen, so würden wohl auch hier wie so häufig im BGB ausdrücklich die Vorschriften für verbotswidrige Verträge auf die unsittlichen ausgedehnt worden sein. Aber auch selbst dann, wenn man den Verstoss gegen die guten Sitten zugleich als einen Verstoss gegen eine Gesetzesvorschrift auffassen würde,[2] könnte trotzdem bei den unsittlichen Verträgen ein negativer Schadensersatzanspruch nicht zum Entstehen kommen, da auf Grund des Satzes 2 im § 307 Abs. I. BGB., nach welchem die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen

1) Vgl. z. B. § 817 BGB.
2) Was Ebert in Fischer-Henle Anm. 1 zu § 309 tut.

muss, die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses mit Rücksicht darauf, dass jeder Mensch die Unsittlichkeit eines Vertrages kennen muss, stets cessieren würde.[1]

Hiermit ist die Aufzählung derjenigen Fälle erschöpft, in denen der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses das Vorliegen eines „unwirksamen Rechtsgeschäfts" zur Voraussetzung hat, und in denen allen die negative Ersatzpflicht vom Gesetz genau präzisiert wird. Es sei mir hier noch gestattet, auf eine sich auf alle diese Fälle beziehende von Brock[2] aufgestellte Behauptung einzugehen und ihre Widerlegung zu versuchen. Brock behauptet nämlich, der Ersatz des negativen Interesses wäre auch ohne die genaue Präzisierung in den betreffenden Normen mit absoluter Sicherheit aus den allgemeinen Bestimmungen über den Schadensersatz zu entnehmen gewesen.[3] Er versucht dieses folgendermassen zu beweisen. Nach § 249 BGB. hat der zum Schadensersatz Verpflichtete

---

1) Vgl. Mayring a. a. O. Anm. 3; Planck a a. O. Anm. 2; Oertmann a. a. O. Anm. 1; Kuhlenbeck-Kommentar Anm. 1; Kauffmann a. a. O. Anm. 1 zu § 309; Zitelmann a. a. O. II S. 65 Anm. 158. Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 402; Melliger a. a. O. S. 86, Lilie a. a. O. S. 48; Brock S. 148; Motive II S. 180.

A. M. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 272, 4, die die Unkenntnis des unsittlichen Charakters eines Geschäfts unter Umständen entschuldigen und mittels Analogie den Interessenanspruch auch bei Verträgen, die gegen die guten Sitten verstossen, geben wollen.

2) a. a. O. S. 205.

3) So auch wohl Melliger a. a. O. S. 29: „Die besonderen Umschreibungen des negativen Vertragsinteresses wiederholen nur, was in §§ 249 ff. allgemein gesagt ist".

den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und soweit diese Herstellung nicht möglich ist, hat die Entschädigung gemäss § 251 BGB. durch Geld zu erfolgen. In den Fällen der §§ 122, 179 Abs. 2 307 bezw. 309 BGB. sei also bereits lediglich nach dem eben entwickelten allgemeinen Grundsatz der Schadensersatzpflichtige verbunden, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, das bedeute aber, da in den genannten Fällen der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand der unwirksame Vertragsabschluss sei: der Schadensersatzpflichtige habe den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der unwirksame Vertragsschluss überhaupt nicht erfolgt wäre. Mit Rücksicht darauf, dass dieser Zustand durch Naturalrestitution nicht herbeigeführt werden könne, also Entschädigung in Geld zu erfolgen habe, müsse der Geschädigte ideell in die gleiche Vermögenslage wieder zurückgebracht werden, in der er sich befinden würde, wenn von dem unwirksamen Vertrage garnicht die Rede gewesen wäre, das bedeute aber nichts anderes als: Ersatz des negativen Interesses. Diese Deduktion ist m. E. in ihrer Grundlage, ihrem Aufbau und in ihrem Resultate falsch. In ihrer Grundlage, weil sie zwecks Bestimmung des Umfangs des Schadensersatzes — ob positives oder negatives Interesse — von den §§ 249, 251 BGB. ausgeht, in welchen Paragraphen das Gesetzbuch nur die Art

des Ersatzes festlegen will. Wenn Brock[1] meint, falls der § 249 BGB. lediglich die Art des Schadensersatzes charakterisiere, so bedürfe er notwendig stets der Ergänzung durch einen Paragraphen, aus dem der Haftungsumfang zu entnehmen wäre, so irrt er auch darin.[2] Jeder einzelne Paragraph, in dem eine Schadensersatzpflicht statuiert wird, bestimmt zugleich den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes, sei es, dass er den Umfang genau präzisiert,[3] sei es, dass er von Schaden schlechtweg spricht,[4] in welchem Falle eben der gesamte entstandene Schaden, so weit nur immer der Kausalnexus sich nachweisen lässt, zu ersetzen ist. Aber auch im Verlauf seiner auf falscher Basis aufgebauten Deduktion sind m. E. Brock zwei Fehler unterlaufen. Er sieht nämlich zu Unrecht den zum Ersatz verpflichtenden Umstand in dem „unwirksamen Vertragsschluss" resp. „schuldhaft unwirksamen Vertragsschluss". Nicht aus diesem ist die Verpflichtung des Kontrahenten, dem Andern den Schaden zu ersetzen, herzuleiten; der ver-

1) a. a. O. S. 206 Anm. 3 Alinea II.

2) So auch Löw vgl. Brock a. a. O. S. 206 Anm. 3.

3) z. B. § 701: „Den Schaden, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet".
§ 286: „Den durch den Verzug entstehenden Schaden."
§ 635: „Schadensersatz wegen Nichterfüllung."
§ 831: „Des Schadens, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten zufügt."
§ 838: „Für den durch den Einsturz oder Auflösung von Teilen verursachten Schaden".
§ 671, II: „Den daraus entstehenden Schaden.

4) z. B. §§ 826, 830, 904, 557 BGB.

pflichtende Umstand liegt vielmehr darin, dass jemand durch sein Verhalten Vertrauen in die Giltigkeit des Vertrages bei einem Andern erregt hat. Dass Brock ferner im Irrtum sich befindet, wenn er meint, eine naturale Herstellung des früheren Zustandes liesse sich in den hier inbetracht kommenden Fällen nicht herstellen, habe ich bereits oben näher dargelegt. Endlich mag an einem Beispiel gezeigt werden, zu welchem Ergebnis die von Brock aufgestellte Behauptung führen würde:

Der § 179 Abs. 1 BGB. lautet unter Beschränkung auf den Teil der Alternative, der hier nur inbetracht kommt: „Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert". Nach der Deduktion Brock's muss der falsus procurator gemäss § 249 BGB., da er zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand wiederherstellen, der vorhanden wäre, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten, d. h. der unwirksame Vertragsschluss nicht erfolgt wäre. Er muss also den Beschädigten durch Geldersatz ideell in die gleiche Vermögenslage bringen, in der er sich befinden würde, wenn von dem unwirksamen Vertrage garnicht die Rede gewesen wäre. Da nun, wie Brock wörtlich sagt, „der Ersatz, der bezweckt, einen durch unwirksamen Vertragsschluss herbeigeführten Schaden auszugleichen, im technischen Sinne: Ersatz des negativen Vertragsinteresses"

ist, so wäre also der falsus procurator gemäss § 179 Abs. 1 zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet, ein Ergebnis, das mit den Tatsachen keineswegs im Einklang steht.

Ich komme nunmehr zu einem die Ersatzpflicht des negativen Interesses statuierenden Fall, welcher zugleich überleiten soll von dem negativen Interesseanspruch, der aus unwirksamen Verträgen resultiert, und dessen Umfang im Gesetzbuch in den jeweiligen Fällen näher präzisiert ist, zu demjenigen, der aus giltigen Verträgen entspringt und grundsätzlich eine genauere Umfangsbestimmung nicht aufweist. Diese vermittelnde Stellung nimmt der § 663 BGB. ein, welcher demjenigen, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, für den Fall, dass er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, die Pflicht auferlegt, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Aus dieser Anzeigepflicht folgt die Schadensersatzpflicht von selbst, einer besonderen dahin gehenden gesetzlichen Bestimmung bedarf es nicht.[1] Bei Feststellung der Art dieser Schadensersatzpflicht ist zu beachten, dass, im Falle der Beauftragte den an ihn gerichteten Auftrag nicht annehmen will, sein Schweigen nicht als Annahme gilt.[2] Ein Vertrag kommt hier also nicht

---

1) s. Motive II S. 530.

2) Anders § 362 HGB. Hier gilt, wenn ein Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, auf einen auf die Besorgung solcher Geschäfte gerichteten Antrag nicht antwortet, sein Schweigen dann als An-

zustande,[1] und von einem Anspruch des Mandanten auf Erfüllung bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann daher nicht die Rede sein.[2] Andererseits aber braucht der Beauftragte, im Falle er den Auftrag tatsächlich annimmt, nicht immer — vergl. § 151 BGB. — seine Annahme dem Antragenden gegenüber ausdrücklich zu erklären; in diesem Falle würde sein Schweigen Annahme bedeuten. Der Auftraggeber ist also, wenn der Beauftragte schweigt, stets im Ungewissen, ob sein Auftrag angenommen oder abgelehnt ist, ob somit ein Vertrag zustandegekommen, oder ob dieses nicht der Fall ist. Würde sich nun hernach herausstellen, dass der Beauftragte den Auftrag angenommen hatte, sein Schweigen also als Annahme galt,[3] so hat der Auftraggeber Anspruch auf Erfüllung bezw. Ersatz des Erfüllungsinteresses Stellt sich dagegen später heraus, dass der Beauftragte den Auftrag nicht angenommen hatte, sein Schweigen sich also nur als eine Verletzung der ihm nach § 663 BGB. auferlegten Anzeigepflicht darstellt, so entsteht für den Auftraggeber nur ein Schadensersatzanspruch, und zwar kann dieser nur denjenigen Schaden umfassen, den der Auftraggeber durch das Schweigen des Beauftragten erlitten hat. Da aber ein solcher

nahme, wenn er mit dem Antragenden in Geschäftsverbindung steht, oder sich diesem gegenüber zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

1) Dieser nicht zustande gekommene Vertrag ist natürlich kein „unwirksamer Vertrag".

2) s. Oertmann a. a. O. Anm. zu § 663.

3) Vgl. § 151 BGB.

Schaden nur darin bestehen kann, dass der Auftraggeber im Vertrauen auf das Schweigen des Mandatars die Akzeptation des Auftrages angenommen und daraufhin Massnahmen — Handlungen oder Unterlassungen — getroffen hat, so begründet die Nichtanzeige des Beauftragten für ihn die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses; damit hat das Gesetz denselben Standpunkt eingenommen, den bereits die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 im § 30 aufweist.[1]

Die gleiche Schadensersatzpflicht kommt auch dann zur Entstehung, wenn es sich anstatt um einen Auftrag um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung handelt, denn § 675 BGB. bestimmt, dass die eben entwickelten Regeln auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung finden sollen. Eine wichtige Voraussetzung aber muss im Falle des § 675 erfüllt sein: Es müssen die Dienst- und Werkverträge eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Was darunter zu verstehen ist, sagt das BGB. nicht, und auch die Literatur gibt uns keine übereinstimmende Auslegung. Zweifellos jedenfalls ist, dass hierunter nicht jede Tätigkeit gehört, denn sonst würde das Gesetzbuch nicht ausdrücklich unterscheiden zwischen

1) Vgl. Philler a. a. O. S. 158, Dernburg, die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preussens, II S. 368, Cosack a. a. O. I, S. 503, André a. a. O. Anm. 4, Kuhlenbeck - Kommentar — Anm. 2. Oertmann a. a. O. Anm. 1, Th. Engelmann a. a. O. Anm. 3, Meissner a. a. O. Anm. 3 zu § 663, Matthiass a. a. O. I S. 538.

„Dienstverträgen“ und „Dienstverträgen die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben“.[1] M. E. bedeutet „Geschäftsbesorgung“ jede Tätigkeit, durch die der Geschäftsherr in rechtlicher Beziehung berührt wird. Eine solche Tätigkeit liegt insbesondere vor, wenn sie den Abschluss von Geschäften zum Inhalt hat, ist aber auch schon dann gegeben, wenn sie in irgend einer Weise das Vermögen des Geschäftsherrn rechtlich beeinflusst.[2] Auszuschalten sind hier also alle Handlungen rein tatsächlicher Natur. Wann aber eine solche vorliegt, und wann eine Geschäftsbesorgung gegeben ist, lässt sich nur für den einzelnen Fall entscheiden, und auch dann noch wird es schwer halten, die richtige Grenze zu finden. Ob unter diesen Umständen der Gesetzgeber recht daran getan hat, zwischen diesen beiden Arten von Dienst- und Werkverträgen zu unterscheiden, erscheint mir sehr fraglich. Ein innerer Grund dafür, dass nur für Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden sollen, ist nicht ersichtlich, zumal bei dem Auftrag selbst eine derartige Unterscheidung nicht gemacht ist.

1) A. M. Hachenburg a. a. O. S. 171.

2) Vgl. Matthiass a. a. O. I, S. 544; Planck a. a. O. II Anm. 2, Oertmann a a. O. Anm. 1 zu § 675; Isay, Geschäftsführung, S. 44; Cosack a. a. O. I S. 501 II. 1; Tränkner, sächs. Archiv Bd. 9 S. 175, Protokolle II S. 2337.

A. M. Neumann a. a. O. Vorbemerk. zum Titel 10, Hellmann. Krit. Viertelj schrift Bd. 41 S 222; Hellwig, Verträge, S. 517; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 675, Heilfronn a. a. O. II S. 586; vgl. auch Schollmeyer a. a. O. S. 40.

Gegenstand des Auftrages kann jede Tätigkeit sein, und es wäre durchaus verkehrt, wollte man daraus, dass § 663 BGB. im Eingang sagt: „Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist" den Schluss ziehen, dass hiermit eine ganz bestimmte Art von Aufträgen gemeint ist. Eine Gegenüberstellung von Aufträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt haben und solche, bei denen dieses nicht der Fall ist, sollte im Gegensatz zu § 675 BGB. nicht erfolgen. Eine besondere Bedeutung hat der Begriff „Geschäft" im § 663 BGB. also nicht, vielmehr umfasst er jede rechtliche wie tatsächliche Handlung.[1] Wollte man der Geschäftsbesorgung des § 663 BGB. die gleiche Bedeutung, wie sie sie in dem § 675 BGB. hat, beilegen, so müsste man in gleicher Weise auch bezüglich des die Definition des Auftrags gebenden § 662 BGB. verfahren. Das würde aber nichts anderes heissen, als dass der Auftrag stets nur eine Geschäftsbesorgung in dem oben definierten engen Sinne zum Inhalt haben könne. Einen Auftrag zur Vornahme eines rein tatsächlichen Geschäfts würde es danach nicht geben: ein Resultat, dessen Unrichtigkeit auf der Hand liegt.

1) Vgl. Matthiass a. a. O. I S. 536; Oertmann a. a. O. Anm. 1 b zu § 675, Siméon a. a. O. S. 444; A. Engelmann a. a. O. S. 458; Endemann a. a. O. § 171, 1; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 662, Heilfronn a. a. II S. 662; Leske a. a. O. I S. 280; Hachenburg a. a. O. S. 172. Bunsen a. a. O. I S. 269, Motive II, S. 526 ff.

A. M. Cosack a. a. O. I S. 529, Isay, Geschäftsführung S. 44.

In die Kasuistik der Lehre vom negativen Interesse dürfte der § 663 BGB. nicht aufgenommen werden, würde man sich auf den Standpunkt stellen, den Endemann[1] bezüglich dieses Paragraphen einnimmt. Er betrachtet nämlich im Falle des Schweigens den Auftrag als zustandegekommen, indem er argumentiert, da der Gesetzgeber durch die Anzeigepflicht des Beauftragten der Unsicherheit, die bei einer stillschweigenden Annahme entsteht, ein Ende haben machen wollen, so sei der Antrag angenommen, wenn er nicht unverzüglich abgelehnt werde. Die Rechtsfolge würde danach die Pflicht zur Erfüllung und im Falle ihrer Verweigerung Ersatz des vollen positiven Schadens sein. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschliessen, einerseits weil der Wortlaut des Gesetzes eine allgemeine Fiktion des Vertragsschlusses direkt ausschliesst, indem in diesen Paragraphen der Satz aus dem verwandten § 362 HGB.: „Sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags" mit Absicht nicht aufgenommen ist, andererseits weil nach der Auslegung Endemanns selbst dann ein Vertrag zustandegekommen wäre, wenn der Beauftragte den Auftrag garnicht annehmen wollte. Nun kann zwar ein Vertrag ohne Annahmeerklärung, niemals aber ohne den Annahmewillen entstehen. Zudem widerlegt Endemann sich dadurch selbst, dass er, während er auf Seite 267 Anmerkung 6 unter ausdrücklichem

---

1) a. a. O. I. S. 292 Anm. 15.

Hinweis auf den § 663 BGB. sagt: „Sein Schweigen ist die Erklärung der Zustimmung", auf Seite 802, 2. in Bezug auf § 663 BGB. ausführt: „Wer diese Antwortpflicht nicht rechtzeitig erfüllt, verletzt eine rechtliche Verpflichtung und haftet also auf Schadensersatz."

Die letzte Klasse von Fällen des negativen Interesseersatzes wird durch diejenigen gebildet, in denen der Ersatzanspruch aus vollgültig zustandegekommenen Verträgen entspringt. Einen solchen Fall finden wir zuerst bei der Schenkung. Nach § 523 Abs. 1 BGB. ist nämlich der Schenker, wenn er einen Mangel im Recht arglistig verschweigt, verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass dieser Schaden nur diejenigen Vermögensnachteile umfasst, die der Beschenkte dadurch erlitten hat, dass er auf unanfechtbaren Erwerb des Gegenstandes vertraut hat, so dass sich der Anspruch auf Ersatz dieses Schadens als Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses darstellt.[1] Darauf deutet ferner sowohl der Umstand, dass durch die Vorschrift des § 523 Abs. 1 BGB. für unentgeltliche Zuwendungen eine im Vergleich zu entgeltlichen Verträgen — vergl. § 463 Satz 2 und § 493 BGB. — gelindere Haftung

1) Vgl. A. Engelmann a. a. O. S. 299; Cosack a. a. O. I, S. 484, Heilfronn a. a. O. II S. 482, Crome a. a. O. II S. 517; Endemann a. a. O. I, S. 744; Dernburg a. a O. II 2 S. 126; Oertmann a. a. O. Anm. 2 a, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3, Planck a. a. O. Anm. 1 a, Meissner a. a. O. Anm. 1, Staudinger a. a. O. Anm. 2 zu § 523, Protokolle II, S. 27.

statuiert werden soll, als auch der Gegensatz zu dem Absatz 2 des § 523 BGB., in dem ausdrücklich von Schadensersatz wegen Nichterfüllung gesprochen wird.

Voraussetzung für diesen negativen Interesseanspruch ist Arglist auf Seiten des Schenkers, d. h. es genügt nicht einfache Kenntnis von dem Mangel zur Zeit der Schenkung, sondern es muss noch hinzutreten die Absicht, den Beschenkten zu täuschen. Die Protokolle[1] und mit ihnen Meissner[2] wollen dem Beschenkten den negativen Interesseanspruch auch schon dann geben, wenn der Schenker einen Mangel im Recht beim Abschluss des Vertrages bloss gekannt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat. In diesem Falle leiten sie diesen Anspruch natürlich nicht aus dem § 523 BGB. ab, fussen vielmehr auf der Vorschrift des § 307 BGB., indem sie annehmen, dass ein Schenkungsvertrag, durch den dem Beschenkten entweder überhaupt kein Recht oder nicht ein volles Recht verschafft werden kann, auf eine gänzlich resp. teilweise unmögliche Leistung gerichtet sei. Diese Heranziehung des § 307 BGB ist aber nicht angängig und zwar einfach deswegen, weil der Anspruch aus diesem Paragraphen nur bei objektiver Unmöglichkeit, nicht aber, was hier allein in Betracht kommen würde, bei Unvermögen zur Entstehung kommt.[3]

---

1) a. a. O. II S. 27.

2) a. a. O. Anm. 3 zu § 523.

3) Vgl. Oertmann a. a. O. Anm. 2, Kuhlenbeck—Kommentar — Anm. 7, Planck a. a. O. Anm. 1, Staudinger a. a. O. Anm. 2 zu § 523.

Auch für den Fall, dass der Schenker einen Sachmangel arglistig verschweigt, entsteht dem Beschenkten nach § 524 Abs. I BGB. der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Wodurch dieser Fall sich von dem des § 523 Abs. I BGB besonders unterscheidet, wird später im Kapitel „Der Ersatzpflichtige" näher dargelegt werden.

Den zweiten und letzten Fall, in dem bei zustandegekommenem Vertrage ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben ist, enthalten die §§ 1298 und 1300 BGB. Nach ihnen hat

I. derjenige Verlobte, der vom Verlöbnis zurücktritt, dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, welche an Stelle der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, dass sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind. Weiter hat er dem andern Verlobten auch den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Massnahmen getroffen hat.

II. Derjenige Bräutigam, der vom Verlöbnis, zurücktritt, hat der unbescholtenen ihm die Beiwohnung gestattet habenden Braut, abgesehen von dem pekuniären auch denjenigen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, durch eine billige Geldentschädigung zu ersetzen.[1]

---

1) Dieser Ersatzanspruch wurde erst von der 2. Kommission in das Gesetzbuch aufgenommen vgl. Protokolle IV S. 6242.

Mit Rücksicht darauf, dass sich garnicht feststellen lässt, welchen positiven Schaden ein Verlobter durch den Rücktritt seitens des anderen erleidet, insbesondere nicht, welchen Vorteil ihm der Abschluss der Ehe gebracht haben würde, ferner bei der klären Fassung des § 1298 BGB., nach welcher nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der durch eigene im Vertrauen auf das Zustandekommen der Ehe getroffene Massnahmen hervorgebracht ist, bedarf es keines weiteren Nachweises, dass wir es im § 1298 BGB. mit einem Fall des negativen Interesses zu tun haben. Und zwar hat dieser Anspruch mit dem aus unwirksamen Verträgen entstehenden die Ähnlichkeit, dass auch bei ihm eine nähere Präzisierung des Umfanges gegeben ist.[1] Ein Zweifel könnte nur darüber entstehen, ob auch der im § 1300 BGB. gegebene Schadensersatzanspruch negativer Art ist. Dass dieses der Fall ist, da der § 1300 nur eine für den besonderen Fall des geschlechtlichen Verkehrs während des Verlöbnisses getroffene Ausdehnung des Umfangs der im § 1298 BGB. allgemein normierten negativen Interessehaftung ist, habe ich bereits im Kapitel über den „Umfang des negativen Interesses“ näher dargelegt.

Bedingung für den negativen Interesseanspruch aus den §§ 1298 und 1300 BGB. ist die Rechtsgiltigkeit des Verlöbnisses. Insbesondere genügt nicht ein nur einseitiges Versprechen zukünftiger Heirat oder ein Verhältnis zwischen zwei Personen

1) Über den näheren Umfang s. oben § 4.

verschiedenen Geschlechts, das vielleicht einmal zur Heirat führen kann, eine sog. Liebschaft. Wann ein rechtsverbindliches Verlöbnis vorliegt, ist Tatfrage, eine besondere Form ist nicht erforderlich, so dass die Rechtswirksamkeit durchaus nicht etwa einen Ringwechsel oder die Veröffentlichung des Verlöbnisses bedingt. Ein rechtsgiltiges Verlöbnis liegt dann nicht vor, wenn das Verlöbnis nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte,[1] unwirksam ist. So vor allem, wenn ein Teil geschäftsunfähig ist, oder der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters das Verlöbnis abschliesst, oder wenn das Verlöbnis gegen ein gesetzliches Verbot insbesondere also gegen die Vorschriften über Ehehindernisse verstösst, es sei denn, dass es sich um Ehehindernisse handelt, die bis zum Abschluss der Ehe gehoben werden können, und das Verlöbnis für den Fall geschlossen ist, dass das Hindernis bis dahin beseitigt werden kann — vergl. §§ 104 ff. 134, 308, 309 BGB.[2] — Eine besondere Bestimmung für den Anspruch aus § 1300 BGB. besteht darin, dass der Braut nur dann dieser Anspruch zusteht, wenn sie zur Zeit der Vollziehung des Beischlafes unbescholten war, d. h. gegen ihren Ruf in geschlechtlicher Beziehung nichts Nachteiliges bekannt war. Damit ist

1) Dass das Verlöbnis ein Vertrag ist, wird später gezeigt werden.

2) Vgl. A. Engelmann a. a. O. S. 636; Cosack a. a. O. II S. 404. Neumann a. a. O. II S. 702 ff. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1298, Altsmann, das Recht des BGB. S. 276, Endemann a. a. O. II S. 610.

also nicht erforderlich, dass eine Defloration der Braut überhaupt noch nicht stattgefunden hat, so dass auch eine Wittwe von diesem Interesseanspruch nicht ausgeschlossen ist. Da aber auch bei vorher vollzogenem ausserehelichen Beischlaf das Mädchen zugleich mit der Jungfräulichkeit nicht auch notwendig der Unbescholtenheit verlustig gegangen zu sein braucht, man denke nur an einen durch Notzucht erzwungenen Beischlaf, so steht auch selbst in diesem Falle der verlassenen Braut das negative Interesse zu.[1]

Wenn Cosack[2] noch dem Käufer, der wegen Lieferungsverzuges vom Vertrag ganz zurücktritt, ein Recht auf das negative Interesse gibt, so kann ich ihm hierin nicht folgen. Cosack leitet diesen angeblichen Anspruch nicht aus den Sondervorschriften für den Kauf ab, sondern greift auf die allgemeinen Gesetzesbestimmungen über den Verzug bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere auf den § 326 BGB. zurück, gibt aber nicht an, woraus er im einzelnen diese Art Interessehaftung für den Verkäufer folgert. Dem § 326 BGB. ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass der vom Vertrage zurücktretende Kontrahent irgend welche Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Da aber nach § 327 BGB. auf das im § 326 BGB. gegebene Rücktrittsrecht die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356

1) Rechtsprechung des Reichsgerichts III S. 168; von Liszt, deutsches Strafrecht S. 392.

2) a. a. O. I S. 404.

BGB. entsprechende Anwendung finden, so würden eventl. hier gegebene Schadensersatzansprüche des Rücktrittsberechtigten auch dem rücktretenden Käufer zustehen. Abgesehen davon, dass im § 347 BGB. von der Schadensersatzpflicht im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe der bereits empfangenen Leistung, ferner von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen die Rede ist, diese Bestimmungen zudem auf den Rücktritt des Käufers keine Anwendung finden können, da dieser infolge des Verzuges des Verkäufers die gekaufte Sache ja noch garnicht empfangen hat, findet sich in den §§ 346—356 BGB. nichts, was auf einen negativen Interesseanspruch des Rücktrittsberechtigten hindeuten könnte.[1]

Cosack[2] will ferner dem Mieter, der, weil ihm der vertragsmässige Gebrauch der vermieteten Sache nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen ist, von seinem ihm im § 542 BGB. eingeräumten sofortigen Kündigungsrecht Gebrauch macht, einen Anspruch auf Ersatz seines negativen Vertragsinteresses für die nach der Kündigung liegende Mietszeit z. B. Ersatz etwaiger durch die vorzeitige Kündigung veranlasster Umzugskosten

1) Titze a. a. O. S. 185 Anm. 37 hält es an und für sich denkbar, dass dem Gläubiger nach erfolgtem Rücktritt ein ausserkontraktlicher Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zustände. Er muss aber zugeben, dass de lege lata dem Gläubiger ein solcher Anspruch nicht gegeben ist.

2) a. a. O. I S. 461. A. M. Dernburg a. a. O. § 218 V S. 162; Schöller, Gruchots Beiträge Jahrgang 46 S. 279.

gewähren. Auch Titze[1] erklärt es für das Recht dieses Mieters, den ihm aus der Kündigung entstandenen Schaden mit der Klage aus dem Mietsvertrage vom Schuldner ersetzt zu verlangen, und weist in einer Anmerkung[2] darauf hin, dass hier ein kontraktlicher negativer Ersatzanspruch vorliege.[3]

Diesen Ausführungen kann ich mich ebenfalls nicht anschliessen. Das Gesetzbuch gibt im § 542 dem Mieter lediglich das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, sagt aber von einem daneben herlaufenden Ersatzanspruch nichts. Auch aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge lässt sich ein derartiger Schadensersatzanspruch für den Mieter nicht konstruieren. Da somit ein die Schadensersatzpflicht herbeiführender Rechtsgrund nicht gegeben ist, kann von einer solchen Verpflichtung des Vermieters auch nicht die Rede sein. Würde ohne besondere Gesetzesvorschrift mit dem fristlosen Kündigungsrecht ein Schadensersatzanspruch verbunden sein, so müsste auch im § 626 BGB.

1) a. a. O. S. 286.

2) Anm. 4 S. 286.

3) Titze a. a. O. S. 185. 186 will, wenn dem Schuldner die Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich geworden ist, und der Gläubiger erklärt hat, dass er Schadensersatz nicht beanspruche, sondern es so ansehen wolle, als sei die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, will Titze dem Gläubiger das Recht geben, denjenigen Schaden vom Schuldner ersetzt zu verlangen, den er dadurch erlitten hat, dass letzterer ihm nicht rechtzeitig vom Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung Mitteilung gemacht hat. Diesen Schadensersatz nennt Titze eine „Art von kontraktlichem negativen Schädenanspruch". Auch auf ihn ist die oben im Text folgende Widerlegung auszudehnen.

demjenigen Teil, der das Dienstverhältnis aus einem wichtigen Grunde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigt, zum mindesten dann ein Schadensersatzanspruch auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift zustehen, wenn der wichtige Grund in dem Verhalten des anderen Teiles liegt. Dass dieses nicht der Fall ist, beweist § 628 Abs. 2 BGB., wo im Falle fristloser Kündigung ausdrücklich die Verpflichtung zum Schadensersatz demjenigen Teil auferlegt wird, der durch vertragswidriges Verhalten den Anderen zur Kündigung veranlasst hat. Will der Mieter, wenn ihm der vertragsmässige Gebrauch der Sache nicht rechtzeitig gewährt oder ihm wieder entzogen wird, auch den ihm entstandenen Schaden ersetzt haben, so muss er eben auf das Kündigungsrecht aus § 542 BGB. verzichten und seine Ansprüche aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§ 325, 326) geltend machen. Zwar kann der Mieter sich der in den §§ 325, 326 BGB. gegebenen Rechte nur bei Vorliegen eines Verschuldens auf Seiten des Vermieters bedienen, doch entspricht es nur der Billigkeit, dass der Mieter, wenn der Vermieter ohne sein Verschulden an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist, sich mit dem fristlosen Kündigungsrecht zu begnügen hat, und nicht noch ausserdem Schadensersatzansprüche geltend machen darf.

Titze[1] erblickt ausserdem auch in der durch den § 628 BGB. statuierten Schadensersatzpflicht

1) a. a. O. S. 297 Anm. 12.

eine Ersatzpflicht negativer Art.[1] Dem widerspricht aber der ganz unzweideutige Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz spricht von dem durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden. Daraus ergibt sich doch, dass die Ersatzpflicht eben nicht auf den durch das Vertrauen auf die Eingehung des Dienstverhältnisses entstandenen Schaden, d. h. das negative Vertragsinteresse, beschränkt ist. In der Erwägung, „dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze es erheischen, demjenigen Teile, der durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Auflösung des Dienstvertrages herbeigeführt hat, die Pflicht zum Schadensersatz aufzuerlegen",[2] hat das Gesetzbuch, obwohl die dem Rücktritt verwandte Kündigung grundsätzlich eine Verbindung mit dem positiven Erfüllungsinteresse nicht zulässt,[3] diesen Standpunkt verlassen und die unbegrenzte Haftung dem die Kündigung veranlassenden Teil auferlegt.

Schliesslich konstruiert Melliger[4] einen negativen Schadensersatzanspruch für den Fall der „Unfähigkeit des Subjekts". Er will nämlich den Geschäftsunfähigen resp. beschränkt Geschäftsfähigen für die von ihnen abgeschlossenen unwirk-

1) A. M. Siméon a. a. O. S. 426, Heilfronn a. a. O. II S. 598. Cosack a. a. O. I. S. 514; Schöller a. a. O. S. 287, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 628; Oertmann a. a. O. Anm. zu 542; Dernburg a. a. O. II. 2 S. 399; Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 628; Oertmann a. a. O. Anm. 2 zu § 628; Kisch a. a. O. S. 153.

2) Vgl. Motive II S. 470.

3) Vgl. Motive II S. 210 u. 211.

4) a. a. O. S. 79.

samen Geschäfte[1] in Höhe des negativen Interesses haftbar machen. Melliger selbst vermisst zwar eine diesbezügliche gesetzliche Vorschrift, will aber aus dem Fehlen einer solchen Bestimmung in dem Abschnitt „Geschäftsfähigkeit" nicht den Schluss zulassen, dass das Gesetzbuch damit nun definitiv die Haftung des Geschäftsunfähigen resp. beschränkt Geschäftsfähigen auf das negative Interesse habe ausschliessen wollen. Zur Begründung seiner Ansicht zieht er die Normen über „unerlaubte Handlungen" heran. Auf seine Beweisführung näher einzugehen, erübrigt sich, da er den Fehler macht zu übersehen, dass die von ihm herangezogenen §§ 827, 828, 829 BGB. nur Anwendung finden auf schuldhafte rechtswidrige Eingriffe in die rechtlich geschützte Interessenssphäre eines Andern, d. h. auf unerlaubte Handlungen.[2] Von einer schuldhaft rechtswidrigen Verletzung kann aber beim Geschäftsabschluss eines Geschäftsunfähigen oder eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ohne weiteres nicht die Rede sein; und würde wirklich der Tatbestand der unerlaubten Handlungen gegeben sein, beispielsweise der die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzende Minderjährige über sieben Jahre den Kontrahenten in der Absicht, diesen zu schädigen, über sein Alter getäuscht haben, so ist nicht einzusehen, warum dann die Ersatzpflicht sich nur auf das negative Interesse beschränken und nicht das volle Interesse umfassen

1) Vgl. §§ 105, 108, 111 BGB.

2) Vgl. Brock a. a. O. S. 84 Anm. 21.

sollte.[1] Brock[2] sucht zwar nachzuweisen, dass die Haftung des Minderjährigen über sieben Jahre, falls die im § 828 BGB. angegebenen Voraussetzungen zur Deliktshaftung gegeben sind, und die ihm rechtlich gleichgestellten Personen bei deliktuoser vorsätzlicher Schädigung nur das negative Interesse umfasst, doch geht er bei seiner Beweisführung von dem § 249 BGB. aus. Dass es aber nicht angängig ist, bei Bestimmung der Art des zu ersetzenden Schadens den § 249 BGB. als Ausgangspunkt zu nehmen, ist bereits oben näher dargelegt.

Endlich mag auf einen von Schöller[3] konstruierten Fall negativer Interessehaftung eingegangen werden, den ich ebenfalls als richtig nicht anerkennen kann. Er will nämlich bei arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer ersterem neben den ihm nach § 462 BGB. zustehenden Wandlungsrecht das Recht auf Ersatz des vollen negativen Interesses geben.[4] Schöller verweist zur Bekräftigung der Richtigkeit seiner Ansicht auf Protokolle I S. 687. Diese sagen aber nichts weiter, als dass die Wandelung im Falle des dolus den

1) Ausführliche Widerlegung der Ansicht Melligers s. Brock a. a. O. S. 67 ff. vgl. ferner Lilie a. a. O. S. 50; Hellmann, Krit. Viertelj.schrift XLII S. 61.

2) a. a. O. S. 74.

3) a. a. O. S. 16 Anm. 16.

4) Grundsätzlich verneint auch Schöller richtig die Frage, ob der Käufer neben der Wandlung das negative Vertragsinteresse fordern darf. Ebenso ausdrücklich Oertmann a. a. O. Anm. 3. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 467.

Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht ausschliesst. Daraus etwa den Schluss zu ziehen, dass neben dolus dieser Ersatzanspruch nun auch tatsächlich gegeben ist, ist doch sehr gewagt. Schöller verweist ferner auf Leske I S. 203 N. 5. Hier findet sich aber eine Bestätigung der Schöller'schen Ansicht in keiner Weise. Aus dem Umstande vielmehr, dass Leske im Falle des dolus des Verkäufers dem Käufer das Recht zuerkennt, entweder den Kauf gemäss § 123 Abs. 1 BGB. anzufechten oder bei Vorhandensein der Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung Schadensersatz gemäss § 823 BGB. zu verlangen, geht hervor, dass er von einem neben dem Wandlungsrecht laufenden Anspruch des Käufers auf Ersatz des negativen Interesses nichts wissen will.[1] Aber auch Schöller selbst widerlegt sich, wenn er sagt; „Hier kann sich der Käufer darauf stützen, dass er durch unerlaubte Handlung des Verkäufers zum Abschluss des Kaufvertrages rechtswidrig veranlasst worden sei, und kann deshalb . . . . . den Schaden geltend machen, der ihm durch den Abschluss des Vertrages entstanden ist". Liegt im gegebenen Falle aber eine unerlaubte Handlung vor, dann kann von einem sich nur auf das negative Interesse beschränkenden Ersatzanspruch des Käufers nicht die Rede sein. Der Schadensersatzanspruch ist dann unbeschränkt.

1) Ebenso Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 463, vgl. auch Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 462.

§ 8.

2. Der Ersatzpflichtige.

Für die Bestimmung der jeweiligen Person des Ersatzpflichtigen lässt sich ein allgemeiner Grundsatz nicht aufstellen; die ersatzpflichtige Person ist vielmehr in den verschiedenen Fällen auch eine verschiedene. Die Regel ist, dass der Schadensersatzanspruch auf eine von vornherein bestimmte Person gerichtet ist; das Gesetzbuch kennt aber auch Fälle, in denen die Frage, wer von beiden Kontrahenten gegebenenfalls das Interesse zu ersetzen hat, offengelassen wird, so dass hier also beide Teile haften.

Zu der ersteren Art gehört der § 122 BGB. Hier trifft die Ersatzpflicht denjenigen, der die nichtige bezw. angefochtene Willenserklärung abgegeben hat, und zwar ist dieses im einzelnen erstens derjenige, der eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Zu den ersatzpflichtigen Personen aus § 122 BGB gehört ferner der eine Willenserklärung wegen wesentlichen Irrtums Anfechtende. Bei empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften kann der Irrtum sowohl dem Erklärenden, als auch dem Erklärungsempfänger unterlaufen; dem letzteren dadurch, dass er den Urheber der Willenserklärung missversteht; trotzdem aber steht nur dem Erklärenden das Anfechtungsrecht zu, und demzufolge trifft nur ihn die Ersatzpflicht aus § 122 BGB. Eine besondere Ausnahme besteht für den Fall, dass eine

letztwillige Verfügung wegen Irrtums des Erblassers angefochten wird; in diesem Falle ist der Erklärende, hier also der Erblasser, nicht schadensersatzpflichtig, da die Vorschriften des § 122 BGB. bei dieser Anfechtung gemäss § 2078 Abs. 3 BGB. keine Anwendung finden sollen. Auch derjenige, der eine anfechtbare Ehe anficht, kann nicht auf Ersatz des negativen Interesses belangt werden. Die Verpflichtungen sind hier vielmehr durch besondere Vorschriften normiert — vergl. §§ 1345 bis 1347, 1351 BGB. — Endlich drittens ist derjenige ersatzpflichtig, der seine Willenserklärung deshalb anficht, weil sie durch die von ihm benutzte Mittelsperson oder Anstalt unrichtig übermittelt ist.

Die aus dem § 179 Abs. 2 BGB. ersatzpflichtige Person ist der ohne Vertretungsmacht handelnde Vertreter. Als solcher kommt in Betracht sowohl derjenige, der überhaupt nicht im Besitz einer Vertretungsmacht ist, sei es, dass sie von ihm fälschlich als gegeben angenommen, sei es, dass sie widerrufen, nichtig oder von dritter Seite gefälscht ist, als auch derjenige, der die ihm erteilte Vollmacht überschritten hat. Ein Überschreiten liegt nicht nur dann vor, wenn die vereinbarten Bestimmungen vom gewillkürten Vertreter ausser Acht gelassen werden, sondern auch dann, wenn ein gesetzlicher Vertreter die ihm vom Gesetz gezogenen Grenzen nicht innehält. Demnach gehört hierher auch der Vormund, der ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Geschäfte abschliesst, der Vorstand einer Gemeinde,

der ohne die notwendige Einwilligung der Gemeindevertretung Verträge eingeht, ferner der Inhaber der elterlichen Gewalt, der Ehemann, die Ehefrau, der Pfleger, der Testamentsvollstrecker, der Liquidator usw., sofern sie den Umfang der ihnen gesetzlich erteilten Vollmacht überschreiten.[1]

Den aus dem arglistigen Verschweigen von Rechtsmängeln dem Beschenkten entstehenden negativen Schaden hat der Schenker zu ersetzen. Aber nur dann ist die Ersatzpflicht des Schenkers diese beschränkte, wenn der verschenkte Gegenstand zur Zeit der Schenkung sich bereits im Vermögen des Schenkers befand; war dieses nicht der Fall, hatte der Schenker also die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so beschränkt sich für den Fall, dass dem Schenker der Mangel beim Erwerb des Gegenstandes[2] bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, also erstrecht bei arglistigem Verschweigen des Schenkers die Pflicht desselben nicht mehr auf Ersatz des negativen Interesses. In diesem Falle verpflichtet Abs. 2 des § 523 BGB. den Schenker zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Der Kreis der im Falle arglistigen Verschweigens von Sachmängeln auf das negative Interesse haftenden Schenker ist weniger eng gezogen. Nach § 524 Abs. I haftet nämlich der arglistige

1) Vgl. Rehbein a. a. O. I S. 278, III und S. 281; Endemann a. a. O. I S. 410.

2) Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetzbuch hier statt von dem „Gegenstand" von dem engeren Begriff „Sache" spricht.

Schenker auf Ersatz des negativen Interesses nicht nur dann, wenn die Sache sich bereits in seinem Besitze befand; sondern auch dann, wenn der Schenker die Sache erst erwerben soll, haftet er grundsätzlich bloss für das Vertrauensinteresse. Nur für den Fall, dass es sich um eine erst zu erwerbende Gattungssache handelt, führt Abs. 2 des § 524 BGB. eine verschärfte Haftung ein. Da das Gesetz annimmt, dass der Schenker nur bei der Schenkung einer erst zu beschaffenden Gattungssache für die Fehlerhaftigkeit derselben ganz einzustehen hat, so legt es dem Schenker bei blosser Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels zur Zeit der Erwerbung die Pflicht auf, eine fehlerfreie Sache statt der fehlerhaften zu liefern, und bei böslicher Verschweigung des Mangels sogar nach Wahl des Beschenkten, Nachlieferung einer fehlerlosen Sache oder Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses zu leisten.

Subjekt der aus dem § 663 BGB. resultierenden Schadensersatzpflicht sind diejenigen Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind oder sich öffentlich erboten haben. Da kein Grund vorliegt, den beiden Ausdrücken „öffentlich" jedesmal eine verschiedene Bedeutung beizulegen, so kann ich mich der Ansicht Seufferts,[1] unter

1) Kommentar zur CPO. § 372 No. 2, ebenso Endemann a. a. O. I S. 802 Anm. 6; Kuhlenbeck — Kommentar — Anm. 1, scheinbar auch Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 663; Auch Matthiass a. a. O. I S. 537 scheint, da er nur vom Rechtsanwalt und Gerichtsvollzieher spricht, die „öffentliche Bestellung" zu eng zu fassen.

öffentlicher Bestellung sei nur eine „vom Staate oder einem staatlichen Verbande“ vollzogene zu verstehen, nicht anschliessen, verstehe vielmehr darunter jede der Allgemeinheit angezeigte Bestellung.[1] Trotzdem ist der Kreis der nach § 663 BGB. ersatzpflichtigen Personen mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des Auftrages ein sehr beschränkter. In Betracht werden u. a. diejenigen Personen kommen, die sowohl von privaten gemeinnützigen Korporationen als auch von öffentlichrechtlichen Verbänden zur unentgeltlichen Ausführung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind z. B. der Syndicus, Armenarzt, ferner solche Personen, die sich öffentlich erboten haben, offene Dienststellen oder Wohnungen und dergl. ohne Entgelt nachzuweisen, Geldbeträge für wohltätige Sammlungen unentgeltlich in Empfang zu nehmen, oder ausländische Geldsorten und bestimmte Zinsscheine ohne Abzug umzuwechseln.[2] Dieser Kreis erfährt dadurch eine Erweiterung, dass im Satz 2 des § 663 BGB. auch demjenigen, der sich dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat, die Anzeigepflicht und damit auch gegebenenfalls die Pflicht des negativen Interesseersatzes auferlegt ist. Schliesslich können, und das ist der wichtigste Anwendungsfall des § 663 BGB., durch die Vorschrift des § 675 BGB. diejenigen Personen auf den Ersatz des negativen Interesses belangt werden, die zur Aus-

1) Vgl. Hellmann — Krit. Viertelj.schrift XLI S. 221.
2) Vgl. Heilfronn a. a. O. II. S. 666; Leske a a. O. S. 275.

führung von Dienst- oder Werkverträgen entweder öffentlich bestellt sind oder sich, sei es öffentlich, sei es dem Antragenden gegenüber, hierzu erboten haben, so der Notar, der Mäkler usw.[1]

Diesen Fällen, in denen vom Gesetz von vornherein Bestimmung darüber getroffen ist, wen von den Kontrahenten die Ersatzpflicht stets nur treffen kann, stehen zwei Fälle gegenüber, in denen der eine oder der andere der Beteiligten der Ersatzpflichtige sein kann. Hierher gehört der § 1298 BGB. Es versteht sich von selbst, dass im Falle der Auflösung des Verlöbnisses die Schadensersatzpflicht von vornherein nicht ausschliesslich auf den Bräutigam oder die Braut beschränkt werden kann, dass vielmehr die Haftung für das negative Interesse zu Lasten eines jeden Verlobten, sofern auf seiner Seite die zum Interesseersatz verpflichtenden Umstände vorliegen, eintritt. Im einzelnen ist schadensersatzpflichtig sowohl derjenige Verlobte, der vom Verlöbnis zurücktritt als auch derjenige, der den anderen zum Rücktritt durch ein Verschulden veranlasst, das einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet.[2] Nur für den Fall des § 1300 BGB. konzentriert sich notwendigerweise die Ersatzpflicht auf die Person des Bräutigams, vorausgesetzt, dass er entweder selbst vom Verlöbnis zurücktritt oder die Braut durch ein schweres Verschulden zum Rücktritt gezwungen hat.

1) für Rechtsanwälte kommt die besondere, wenn auch gleiche Vorschrift des § 30 Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juni 1878 zur Anwendung.

2) vgl. § 1299 BGB.

Den anderen Fall einer derartigen Verteilung der Ersatzpflicht enthält der § 307 BGB. In ihm ist in der richtigen Erwägung,[1] dass es gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn sich jemand eine Leistung, deren Unmöglichkeit er kennt oder kennen muss, versprechen lässt und dadurch den nichtsahnenden Versprechenden zu Aufwendungen verleitet, sowohl dem Promittenten als auch dem Promissar die negative Interessehaftung auferlegt. Darüber kann bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der Enstehungsgeschichte[2] des Paragraphen ein Zweifel trotz der entgegengesetzten Ansicht B ä h r s[3] nicht bestehen.[4]

De lege ferenda hätte man m. E. die für die Konstruierung dieser beiderseitigen Ersatzpflicht massgebend gewesene Erwägung konsequenter Weise auch auf den Fall des § 179 Abs. 2 BGB. anwenden und demgemäss sagen müssen, es würde gleichfalls gegen die Treue verstossen, wenn sich jemand mit dem falsus procurator, dessen Vertretungsmacht er kennt oder kennen muss, einlässt und dadurch den Vertreter, der ohne Schuld keine Kenntnis von dem Mangel der Vertretungsmacht hat, zu Ausgaben verleitet.[5] Die Konsequenz daraus

1) s. Protokolle I, S. 452.

2) s. Motive II, S. 178 ff. Protokolle I, S. 452.

3) Krit. Viertelj.schrift Bd. XXX S. 374, der § 307 BGB. hat in dieser Beziehung gegenüber dem § 345 des Entwurfs I eine Änderung nicht erfahren.

4) Vgl. Melliger a. a. O. S. 81; Brock a. a. O. S. 132 Titze a. a. O. S. 225; Cosack a. a. O. I S. 335.

5) Vgl. Melliger a. a. O S. 93.

würde gewesen sein, auch hier eine entsprechende Haftung des Gegners einzuführen.[1]

§ 9.

3. Der Anspruchsberechtigte.

Anspruch auf den Ersatz des negativen Interesses hat natürlich derjenige, der durch sein Vertrauen auf das Verhalten des Anderen einen Schaden erlitten hat. Das ist, wenn es sich um empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge, handelt, eine ganz bestimmte Person: der Gegner des Ersatzpflichtigen oder, wie er im Gesetzbuch jeweilig genannt wird: „der Andere", „der andere Teil", „der Beschenkte", „der Auftraggeber", „der andere Verlobte". In diesem Falle steht einem Dritten ein Interesseanspruch nicht zu, mag er als Rechtsnachfolger des Gegenkontrahenten den Schaden erlitten haben,[2] mag er dadurch zu Schaden gekommen sein, dass er den Abschluss eines fremden Rechtsgeschäfts vernehmend auf die Giltigkeit desselben vertraute, oder mag er als der Dritte, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen war, durch die Erwartung der Erfüllung des Vertrages geschädigt sein. Wer sich also an eine bestimmte Person wendet, ist nur dieser für den etwa

1) Die gleiche Frage könnte auch im Falle des § 122 BGB., wo aber der Fall des mangelnden Ernstes auszuschalten ist, aufgeworfen werden. A. M. Brock a. a. O. S. 204. Anm. 29.

2) In der Praxis jedoch wird der Rechtsnachfolger Regress gegen seinen Vorgänger nehmen, der dann seinerseits berechtigt ist, als Gegenkontrahent des Ersatzpflichtigen den Interessenanspruch zu erheben vgl. Leonhard a. a. O. S. 503.

entstehenden Schaden verantwortlich.[1] Ob durch diese Beschränkung des Anspruchs auf die Gegenpartei die Absicht des Gesetzes, in den für die negative Interessehaftung in Frage kommenden Fällen Licht und Schatten zwischen Schädiger und Geschädigtem gleichmässig zu verteilen, ganz verwirklicht wird, ist danach sehr fraglich.[2] Nur in einem Falle kommt der beabsichtigte billige Ausgleich der Interessen der Verwirklichung näher: beim Verlöbnis. In Erwägung, dass in vielen Fällen nicht der andere Verlobte der eigentlich Geschädigte ist, den Schaden vielmehr in Wirklichkeit gewisse ihm nahestehenden Personen zu tragen haben, wird im § 1297 BGB. auch den Eltern und dritten Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben, ein Anspruch auf Ersatz ihres negativen Interesses gegeben, aber nur soweit es sich um Schaden handelt, der ihnen durch gemachte Aufwendungen oder eingegangene Verbindlichkeiten entstanden ist. Als „dritte Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben", kommen nur diejenigen in Betracht, die die gesetzlichen, sittlichen oder gesellschaftlichen Pflichten[3] den Eltern abgenommen, oder falls diese bereits verstorben, übernommen haben. Nicht hierher gehören also diejenigen Personen, die den Verlobten aus Herkommen, Verwandtschaft oder Dankbarkeit Zuwendungen, insbesondere Hochzeitsgeschenke, gemacht haben.

1) Vgl. Cosack a. a. O. I S. 203.

2) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 503 Anm. 4.

3) So die Aussteuer (§ 1620 BGB.) Ausstattung (1624 BGB.), Hochzeitsfeier.

Von einer von vornherein bestimmten Reihe ersatzberechtigter Personen kann aber nicht gesprochen werden, wenn es sich um den Interesseanspruch aus nichtempfangsbedürftigen Rechtsgeschäften wie Dereliktion, Erbschaftsentsagung, Auslobung handelt. Hier ist nach § 122 BGB., anspruchsberechtigt jeder Dritte, der auf die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts vertraut hat,[1] [2] jedoch darf man den Begriff des Dritten nicht ins Ungemessene ausdehnen, es kann nämlich schon allein im Hinblick auf die dann an den Tag gelegte ungleiche Behandlung gegenüber dem Falle, dass die Erklärung einem Andern gegenüber abzugeben war, nicht die Absicht des Gesetzes sein, jedem Menschen, der auch nur immer von der angefochtenen Erklärung Kenntnis erhalten hatte und daraufhin in irgend einer Weise thätig geworden oder untätig geblieben war, einen Ersatzanspruch bezüglich des ihm entstandenen negativen Interesses zu geben. Vielmehr kommt dem Dritten ein solches Recht nur dann zu,

---

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 100; Melliger a. a. O. S. 88; Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 122. A. M. Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 362, 363, der aus unersichtlichem Grunde bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen den Erklärenden überhaupt nicht haften lassen will.

2) Im Entwurf I schien man bei nichtempfangsbedürftigen Rechtsgeschäften den Interesseanspruch Niemandem zubilligen zu wollen. Erst der Entwurf II hat in der Erwägung, dass ein ausreichender Grund, die nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen in dieser Hinsicht anders zu behandeln als die empfangsbedürftigen, nicht vorliege, ausdrücklich die Bestimmung aufgenommen, dass, im Falle die Erklärung nicht einem Anderen gegenüber abzugeben ist, jeder Dritte ersatzberechtigt sein solle (vgl. Protokolle I S. 98 u. 99).

wenn er dem Kreise derer angehört, für die die Willenserklärung bestimmt, an die die Kundgebung gerichtet war.[1] Würde man mit Brock[2] unter dem Dritten ohne Einschränkung die Gesamtheit derjenigen Personen verstehen, die im berechtigten Vertrauen auf die Giltigkeit der Erklärung Schaden erlitten haben, so müsste man konsequenter Weise bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen dem Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten dem negativen Interesseanspruch zuerkennen, bei empfangsbedürftigen ihn dagegen absprechen. Einem solchen unbefriedigenden Resultate kann nur durch die Annahme unserer enger gefassten Auslegung des Begriffes „Dritter" vorgebeugt werden.

§ 10.

4. Verschulden oder Verursachung?

Wenn ein erlittener Schaden dem Verhalten eines Anderen zugerechnet, und infolgedessen der Ersatz des Schadens dieser Person aufgebürdet werden soll, so ist erforderlich, dass die Ursache der Vermögenseinbusse auf das Verhalten dieser Person zurückzuführen ist. Dieser ursächliche Zusammenhang genügt für sich allein aber noch nicht, einen Schadensersatzanspruch zur Entstehung zu bringen; Grundsatz des BGB. ist, dass auf Seiten des Schädigers auch Verschulden vorliegen

1) Vgl. Melliger a. a. O. S. 88.
2) a. a. O. S. 203 vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 503 ff.

muss. Ist das BGB. von diesem Prinzipe der Verschuldung in vielen Fälle abgewichen, so hat es auch im Gebiet des negativen Interesses im Hinblick darauf, dass das Verschuldungsprinzip den Grundsätzen der Billigkeit nicht stets gerecht wird, dasselbe mehrfach verlassen und, die Ersatzpflicht des negativen Interesses loslösend von einem Verschulden, sich dem Grundsatz der Kausalitätshaftung angeschlossen. Infolge der verschiedenartigen Stellungnahme des Gesetzbuchs in den einzelnen Fällen der negativen Interessehaftung zu der Frage nach der Haftungsvoraussetzung müssen wir im folgenden von der Aufstellung eines einheitlichen Prinzips absehen.

Fassen wir zuerst den Grundsatz der Kausalitätshaftung ins Auge, so sehen wir, dass von ihm der § 122 BGB. beherrscht wird. Hiernach ist der eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung Abgebende zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet, auch wenn ihm irgend eine Schuld nicht zuzurechnen ist. Andererseits ändert sich aber auch bei Vorliegen einer Schuld auf seiner Seite an der Art der Schadenshaftung nichts. Hierbei ist nun wohl zu beachten, dass für diese Frage dolus überhaupt nicht inbetracht kommen kann, denn jemand der dolos eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung abgibt, kann nicht zugleich seine Erklärung abgegeben haben, „in der Erwartung der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden". Diese Voraussicht aber ist zur Herbeiführung der Nichtigkeit der Willenserklärung und damit zur Haftung

auf das negative Interesse unbedingt erforderlich, ganz abgesehen davon, dass diese Erwartung auch in irgend einer Weise an die Aussenwelt getreten sein muss. Im Falle des dolus bleibt also die abgegebene Erklärung vollgiltig, und somit ihr Urheber auf Erfüllung bezw. auf das positive Erfüllungsinteresse verhaftet. Die Schuld, die dem nicht ernsthaft Erklärenden zur Last fallen kann, ohne dass darum seine Haftung eine schärfere wird, kann nur in grober oder leichter Fahrlässigkeit bestehen. Also selbst dann, wenn der Erklärende ganz willkürlich angenommen hatte, sein Scherz werde nicht verkannt werden, ist seine Erklärung nichtig, und er selbst verpflichtet, dem Empfänger bezw. jedem Dritten das negative Interesse zu ersetzen. Einen in zwei Punkten diametral entgegengesetzten Standpunkt weist der Enwurf I § 97 auf. Er schliesst sich nämlich dem Verschuldungsprinzip an, wenn er sagt: „Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadensersatz". Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass, wenn dem Urheber nicht einmal eine leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt, er also ausser Schuld ist, eine Verpflichtung auf Ersatz des negativen Interesses gegen ihn nicht zur Entstehung gelangt Stellt der Entwurf den Erklärenden hiernach günstiger, als es das Gesetzbuch tut, so lässt er ihn auf der anderen Seite wieder schwerer haften, indem er lata culpa dem dolus gleichstellt: „Die Willenserklärung ist jedoch giltig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur

Last fällt". Dadurch ist einem Grobfahrlässigen gegenüber der Anspruch des Empfängers bezw. Dritten nicht auf Ersatz des Vertrauensinteresses beschränkt, ihr Anspruch geht vielmehr auf Erfüllung eventl. auf Leistung des Erfüllungsinteresses. Die Kommission für die zweite Lesung hat den Standpunkt des Entwurfs I mit Recht aufgegeben, da sie einsah, einerseits dass es eine Forderung der Billigkeit sei, dem den Anstoss zum Rechtsgeschäft gebenden Erklärenden die Verpflichtung zum Schadensersatz ohne Rücksicht auf ein ihn treffendes Verschulden aufzuerlegen, andererseits dass die Grenze zwischen culpa lata und culpa levis schwer zu finden sei, es ausserdem mit Rücksicht auf den zwischen dolus und culpa lata bestehenden grossen Unterschied in der Gesinnung eine Anomalie sei, eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung im Falle grober Fahrlässigkeit des Erklärenden als giltig zu behandeln.[1]

Warum unter diesen Umständen Kuhlenbeck[2] bei § 118 BGB. dennoch sagen kann: „der Scherzende haftet jedoch für culpa in contrahendo", ist um so unbegreiflicher, als er im § 122 selbst ausführt: „doch ist vom Erforderniss einer culpa in contrahendo auf Seiten des Erklärenden Abstand genommen". Auch Engelmann[3] teilt die falsche Ansicht Kuhlenbeck's, wenn er sagt: „In dem Falle, wenn eine nicht ernstliche Willenserklärung

1) Vgl. Protokolle I S. 99.
2) Kommentar Anm. 1.
3) A. Engelmann a. a. O. S. 190.

abgegeben wird, ist das Recht des Getäuschten auf das negative Interesse von einem Verschulden des anderen Teils abhängig, das darin liegt, dass eine nicht ernstliche Willenserklärung abgegeben wird". Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass es doch Fälle gibt, in denen es schlechterdings unmöglich ist, die Abgabe einer nichternstlich gemeinten Willenserklärung auf ein Verschulden zurückzuführen, man denke nur an theatralische Darstellungen oder zum Zweck der Belehrung gegebene Beispiele.

Der § 122 BGB. statuiert weiter für den Irrenden die Ersatzpflicht des negativen Interesses unabhängig von jeglicher Fahrlässigkeit. Auch bezüglich dieses Ersatzpflichtigen hatte der Entwurf I das Erfordernis der Schuld aufgestellt und bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit auf Seiten des Irrenden die negative Ersatzpflicht nicht eintreten lassen. Die Kommission für die zweite Lesung entschied sich für Eintretenlassen der Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf ein Verschulden und Fallenlassen der Unterscheidung zwischen grober und sonstiger Fahrlässigkeit aus ähnlichen Gründen wie vorher. Ein Antrag, den Irrenden, im Falle ihm Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, zwar auf Ersatz des negativen Interesses aber nur auf damnum emergens haften zu lassen, im andern Falle aber den Umfang der Ersatzpflicht nicht einzuschränken, wurde von der Kommission mit Recht abgelehnt, denn die Lehre vom Irrtum ist schon zu kompliziert, als dass noch Raum gewesen wäre für eine Unterscheidung

zwischen entschuldbarem und nichtentschuldbarem Irrtum. Grade in dem völligen Ausscheiden der Schuldfrage aus der Irrtumslehre besteht ein erheblicher Fortschritt gegenüber dem gemeinen Recht.

Nach § 122 BGB. haftet schliesslich der sich einer Mittelsperson Bedienende dem Empfänger resp. Dritten für das ihnen durch falsche Übermittelung entstandene negative Interesse ebenfalls ohne Rücksicht darauf, ob ihm bei der Wahl oder der Unterweisung der Mittelsperson ein Verschulden trifft. Auch für diesen Fall war im ersten Entwurf die Ersatzpflicht von Verschulden abhängig gemacht,[1] jedoch wurde diese Bestimmung von der Kommission für die zweite Lesung im Hinblick auf die Notwendigkeit, diesen Fall in gleicher Weise behandeln zu müssen wie den Fall des Irrtums, beseitigt. Dagegen wurde von der Kommission mit 9 gegen 8 Stimmen ein Zusatz angenommen, wonach die Ersatzpflicht zessiert, wenn die unrichtige Übermittelung auf höhere Gewalt zurückzuführen ist.[2] Die Kommission ging hierbei von der Ansicht aus, dass der Eintritt höherer Gewalt ein nach den menschlichen Verhältnissen unvermeidliches Übel bilde, welches der davon Betroffene tragen müsse. Diese Sonderbestimmung wurde aber vom Reichstag auf Vorschlag seiner Kommission gestrichen und später nicht wieder eingeführt. Diese Streichung wurde mit Recht damit begründet, dass es für den Geschädigten irrelevant sei, worauf die Entstellung

1) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 53. S. 261.
2) Vgl. Protokolle II S. 117.

der Nachricht zurückzuführen sei; dass es aber auch gegen die Verkehrssicherheit verstossen würde, wenn für den Fall der vis major die Ersatzpflicht aufhören sollte. Die Haftung des Erklärenden kann also nach heutigem Recht nicht mehr durch den Nachweis höherer Gewalt beseitigt werden. Trotz dieser unzweideutigen Rechtsvorschrift will Cosack in der ersten Auflage seines Lehrbuches[1] den Absender eines durch höhere Gewalt verstümmelten Telegramms nicht für den dem Empfänger etwa entstehenden Schaden haftpflichtig machen. Auch in der zweiten Auflage seines Lehrbuches[2] hält Cosack, wenn auch nicht an dem früheren Wortlaut, so doch an seiner Auffassung fest, indem er sagt: „Für Zufälle[3] steht niemand ein. Wer also einen Schaden zufällig erfahren hat, behält ihn, nicht weil er ihn verdient, nicht weil er weil er positiv für ihn einzustehen hätte, sondern weil kein Anlass dazu da ist, den Schaden auf die Gegenpartei abzuwälzen". Diese allgemeine Regel entspricht nicht den Tatsachen, vielmehr steht jeder, dem eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf ein Verschulden auferlegt ist, auch für Zufälle ein, und nur dann findet diese Haftpflicht ihre Grenze an der höheren Gewalt, wenn dieses ausdrücklich vom Gesetz bestimmt ist. Das sieht man beispielsweise beim § 701 BGB.,[4] wo die Haftung des

1) a. a. O. I. S. 245.

2) a. a. O. I. S. 246,6.

3) Diese umfassen auch „höhere Gewalt", nach der Ausdrucksweise Cosacks „äussere Zufälle".

4) Ähnliches im Reichshaftpflichtgesetz § 1, Reichspostgesetz § 11.

Gastwirts für Beschädigung oder Verlust eingebrachter Sachen unabhängig von einem Verschulden besteht, dagegen die Ersatzpflicht ausdrücklich für den Fall ausgeschlossen ist, dass der Schaden durch höhere Gewalt entstanden ist, ein Zusatz, der bei Richtigkeit der Cosack'schen Ansicht vollständig überflüssig gewesen wäre.

Wenn nun auch feststeht, dass der Erklärende ohne Rücksicht auf ein Verschulden dem Erklärungsempfänger auf das negative Interesse haftet, so lässt das Gesetzbuch die Frage, ob die Ersatzpflicht durch ein auf Seiten des Übermittlers vorliegendes Verschulden beeinträchtigt wird, unbeantwortet. Aber gerade deshalb, weil das Gesetz darüber schweigt, ist anzunehmen, dass weder culpa noch dolus des Boten auf die Schadenshaftung des Absenders Einfluss hat.[1] Diese Auslegung ist nicht unbestritten. Dernburg[2] meint, eine Anwendung des § 120 BGB. auf den Fall der Arglist des Boten sei nicht dem Verkehr förderlich, sondern gefährlich, und die Folge wäre, dass jeder, der auch nur ein unbedeutendes Geschäft durch einen Boten bestelle, sein Hab und Gut der Bosheit desselben preisgebe. Bei der ersteren Einwendung hat Dernburg nicht bedacht, dass die Vorschrift des § 120 BGB. wohl weniger den Zweck haben soll, dem Verkehr

1) So auch Planck a. a. O. Anm. zu § 122, Brock a. a. O. S. 110; Melliger a. a. O. S. 215; Cosack a. a. O. I. S. 211; A. Engelmann a. a. O. S. 108; Matthiass a. a. O. I. S. 192; Crome a. a. O. S. 422 Anm. 12; Fleck, Archiv für bürgerl. Recht Bd. XV S. 395.

2) a. a. O. I. S. 437; ebenso Hölder a. a. O. S. 266.

förderlich zu sein, als vielmehr die Interessenssphären der beiden Kontrahenten in billiger Weise auszugleichen. Bei seiner zweiten Einwendung bedenkt Dernburg nicht, dass er damit das Hab und Gut des Erklärungsempfängers der Bosheit des Boten preisgibt; dass es aber weit ungerechter ist, dem Empfänger als dem Absender des Boten diese Gefahr aufzulegen, liegt doch auf der Hand.

Weiterhin schliesst sich auch der § 179 Abs. 2 dem Veranlassungsprinzipe an, sodass der falsus procurator, selbst wenn er seine Vertretungsmacht einer noch so sorgfältigen Prüfung unterzogen und gleichwohl den Mangel derselben nicht erkannt hat, zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet ist. Daran wird auch dann nichts geändert, wenn dem Vertreter in Bezug auf seine Unkenntnis ein Verschulden zur Last fällt. Dieses Verschulden kann aber nur in leichter oder grober Fahrlässigkeit bestehen; dolus kann hier deswegen nicht in Betracht kommen, weil schon bei blosser Kenntnis von dem Vertretungsmangel die Haftpflicht des Stellvertreters nicht mehr auf Ersatz des negativen Interesses beschränkt ist, dem Dritten vielmehr in diesem Fall ein Wahlrecht auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung eingeräumt ist (§ 179 Abs. 1 BGB.).

Einen letzten Fall der Causalitätshaftung finden wir bei der aus dem Verlöbnisbruch entstehenden negativen Ersatzpflicht. Es ist hier aber scharf zu scheiden zwischen dem § 1298 und dem § 1299 BGB., denn lediglich die Haftverpflichtung aus dem

ersteren ist unabhänging von einem Verschulden. Danach macht sich der vom Verlöbnis zurücktretende Verlobte ersatzpflichtig, gleichgültig ob ihm ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.

Auf dem nunmehr zu besprechenden Verschuldungsprinzipe basiert dagegen der § 1299 BGB. Derjenige Verlobte nämlich, der den andern zum Rücktritt veranlasst, ist zum Schadensersatz nur dann verpflichtet, wenn die von ihm gegebene Veranlassung in einem ihm zuzurechnenden Verschulden besteht, das einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet. Würde z. B. die Braut durch eine unheilbare Krankeit des Bräutigams, von der er ohne sein Verschulden befallen ist, veranlasst, das Verlöbnis aufzuheben, so würde der Bräutigam, trotzdem er den Grund zur Verlöbnisauflösung gegeben hat, mit Rücksicht auf die fehlende Verschuldung nicht schadensersatzpflichtig sein.

Dem Verschuldungsprinzip hat sich ferner der § 307 BGB. angeschlossen. Dieser Standpunkt, den bereits der Entwurf I eingenommen hatte, wurde beibehalten, obwohl er vielen Angriffen ausgesetzt war, deren teilweise Berechtigung auch von den Anhängern der Verschuldungstheorie nicht verkannt wurde. Vom Standpunkt der Kausalitätshaftung machte man nämlich geltend, auch hier wie in den Fällen des Scherzes und des Irrtums erfordere es die Verkehrssicherheit, dass dem auf die Erklärung des Versprechenden vertrauenden Empfänger das negative Interesse ersetzt werde, selbst wenn der Promittent trotz grösster Sorgfalt die Unmög-

lichkeit der Leistung nicht habe ermitteln können,[1] sodann entspräche es nur der Billigkeit, dem Versprechenden, der immerhin schuldiger sei, als der Erklärungsempfänger, da dieser weniger im Stande sei, die Lage zu übersehen als jener, einen etwa entstehenden Schaden aufzubürden. Diese Erwägung hielt die Kommisson für die 2. Lesung doch nicht für stichhaltig genug, um von dem Erfordernis des Verschuldens gänzlich Abstand zu nehmen, sie erblickte mit Recht in der abweichenden Regelung im Falle des Scherzes und des Irrtums eben nur eine Ausnahme von dem Grundprinzipe des Verschuldens, eine Ausnahme, die mit Rücksicht darauf völlig begründet ist, dass in diesen Fällen, weil der Willensmangel sich im Innern des Erklärenden vollzieht, der Empfänger der Willenserklärung ausser Stande ist, sich Kenntnis von dem wirklichen Willen des Erklärenden zu verschaffen. Da diese Eigenart für den § 307 BGB. nicht in Betracht kam, beide Vertragsschliessende vielmehr in der Lage sind, sich über die Möglichkeit resp. Unmöglichkeit der Leistung zu vergewissern, so macht das Gesetzbuch im Falle der aus der Unmöglichkeit der Leistung entstehende Nichtigkeit des Vertrages die Ersatzpflicht des Kontrahenten davon abhängig, dass er bei Schliessung des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste, oder, wie man im gemeinen Recht kurz sagte, von der „culpa in contrahendo“. Mag die

1) Vgl. Protokolle I S. 452.

Schlussfolgerung, die man aus dieser Bestimmung zu ziehen hat, auch noch so wenig befriedigend sein, gefolgert muss jedenfalls werden, dass die Schadenersatzpflicht dann nicht mehr entsteht, wenn der Contrahent erst n a c h Abschluss des Vertrages von der Unmöglichkeit der Leistung Kenntnis erhält oder jetzt erst Kenntnis hätte erhalten müssen.[1]

Wie bereits erwähnt, haften im Falle des § 307 BGB. beide Vertragsparteien, und zwar wird bezüglich des Grades dieser Haftung ein Unterschied zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger nicht gemacht; dieses mag auf den ersten Blick als Härte erscheinen, und man deshalb versucht sein, den Ausführungen eines Teils der Kommissionsmitglieder, wonach nicht verlangt werden könne, dass der Versprechensempfänger bezüglich der Ermittelung, ob die ihm zugesicherte Leistung möglich sei, das gleiche Mass von Sorgfalt anwende, zu welchem der Versprechende verpflichtet sei, beizutreten, jedoch besteht eine Mehrbelastung des Promissars nur scheinbar. Da nämlich bei der Frage, ob der Promittent resp. Promissar die Unmöglichkeit hätte kennen müssen, geprüft werden muss, ob die Unkenntnis des Betreffenden auf Fahrlässigkeit beruht,[2] m. a. W. ob der betreffende Contrahent die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen hat,[3] so ist bei der

1) Vgl. Titze a. a. O. S. 277; Brock a. a. O. S. 203.
2) Vgl. § 122 Abs. 2 BGB.
3) Vgl. § 276 BGB.

Feststellung der culpa der Richter durchaus nicht an die Anwendung des gleichen Masses für Promittenten und Promissar gebunden, vielmehr wird er, da der Verkehr von dem Versprechenden eine bei weitem intensivere Sorgfalt erfordert als von dem Versprechensempfänger, in dem Verhalten des ersteren häufig eine culpa erblicken, während er das gleiche Verhalten dem Versprechensempfänger nicht zur Schuld anrechnen wird. [1]

Der Ansicht vieler Schriftsteller, [2] nach der der Kontrahent auch im § 307 BGB. nur für den Grad der Sorgfalt haftet,. den er im Falle des tatsächlichen Zustandekommens des Geschätts zu vertreten haben würde — so der Schenker für dolus und culpa lata, der unentgeltliche Verwahrer für culpa in concreto —, kann ich mich im Prinzip nicht anschliessen. [3] Denn das Gesetz will beispielsweise durch den § 521 BGB. doch nur denjenigen besser stellen, der ein Schenker ist, d. h. der durch unentgeltliche Zuwendung aus seinem Vermögen einen Andern bereichert. Diese Vergünstigung kann darum doch noch nicht von demjenigen in Anspruch genommen werden, der wie im Falle des § 307 BGB. zwar den animus donandi hat, einer

1) Vgl. Matthiass a. a. O. S. 81, Titze a. a. O. S. 227, Brock a. a. O. S. 132; Planck a. a. O. Anm. 1. zu § 307.

2) Vgl. Cosack a. a O. I S. 491; Dernburg a. a. O. II S. 125, Matthiass a. a. O. I S. 474, Titze a. a. O. S. 226: Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1, Oertmann a. a. O. Anm. 2, Planck a. a. O. Anm. zu § 521; Protokolle II S. 21.

3) Ebenso Kipp-Windscheid a. a. O. S. 280, 271, Schollmeyer a. a. O. S. 153, Enneccerus und Lehmann a. a. O. S. 399; Fadian a. a. O. S. 37, Lilie a. O. S. 44 Kleineidam a. a. O. S. 38.

unentgeltlichen Entäusserung eines Vermögensbestandteiles sich aber nicht unterzieht. Da die Bereicherung resp. Unentgeltlichkeit der Grund ist, dass für bestimmte Rechtsgeschäfte eine gelindere Haftung statuiert wird, so können m. E. bei Nichtvorliegen der Bereicherung resp. Unentgeltlichkeit die diesbezüglichen Gesetzesvorschriften jener Rechtsgeschäfte nicht zur Anwendung kommen. Eine andere Frage ist es, ob der Richter im gegebenen Falle annehmen wird, dass beispielsweise der Schenker die im Verkehr erforderliche Sorgfalt schon dann ausser Acht gelassen hat, wenn seine Nichtkenntnis bezüglich der Unmöglichkeit der Leistung auf leichtem Verschulden beruht; diese Frage wird grundsätzlich zu verneinen sein, und so kommt man, wenn auch auf anderem Wege, zu dem gleichen Endergebnis wie die Vertreter der Gegenansicht. Für unsere Auffassung sprechen auch die Motive II, indem sie auf S. 179 von dem § 307 sagen: „Er stellt einen absoluten Massstab auf". Damit soll doch gesagt sein, dass der Grad der Haftung nicht erst aus dem jeweilig zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft abzuleiten ist. Noch deutlicher erklären dieses die Motive I auf S. 195 dadurch, dass sie direkt unsere Streitfrage berührend ausdrücklich sagen: „Insbesondere hat der Umstand, dass das beabsichtigte Rechtsgeschäft nur zur Vertretung grober Fahrlässigkeit verpflichten würde, nicht zur Folge, dass auch die Haftung bei dessen Nichtzustandekommen sich auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt".

Auch die Ersatzpflicht aus dem § 523 bezw. 524 BGB. ist abhängig von einem Verschulden des Ersatzpflichtigen. Der Umfang der Schuld ist hier aber mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts ein sehr beschränkter: nur im Falle der Arglist macht sich der Schenker ersatzpflichtig. „Arglist" liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Schenker den Mangel kennt,[1] sondern erst dann, wenn der Schenker im wissentlichen Verstoss wider Treu und Glauben das Vorliegen des Mangels verschweigt.[2]

Schliesslich folgt auch der § 663 BGB. dem Verschuldungsprinzip. Dieses folgere ich aus dem Umstande, dass das Gesetz hier die Ersatzpflicht davon abhängig macht, dass dem Auftraggeber die Ablehnung nicht unverzüglich angezeigt wird, d. h., wenn man die eigene Definition des BGB. bezüglich des Ausdruckes „unverzüglich" aus dem § 121 BGB. anwendet, nur in dem Falle macht sich der Beauftragte ersatzpflichtig, dass sein Schweigen auf schuldhaftem Zögern beruht. Zögert also beispielsweise ein Stellenvermittler, der sich den Dienstsuchenden zum unentgeltlichen Nachweis von Stellen erboten hat, mit der Erklärung deswegen, weil er Umfrage hält, ob eine für den Auftraggeber passende Stellung frei ist, so trifft ihn wegen mangelnder Schuld trotz der Verzögerung keine Ersatzpflicht. Das Gleiche gilt auch dann, wenn eine Erklärung des Beauftragten überhaupt ausbleibt. Zwar

1) So Schollmeyer a. a. O. S. 27.
2) Vgl. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 443.

wird in dem gänzlichen Unterlassen der Ablehnungsanzeige grundsätzlich stets ein Verschulden liegen, doch wäre es denkbar, dass auch die Nichtanzeige dem Beauftragten nicht zur Schuld angerechnet, und ihm infolgedessen die Ersatzpflicht nicht aufgebürdet werden könnte. Man denke z. B. an den Fall, dass der Beauftragte nach Empfang des Auftrages plötzlich lebensgefährlich erkrankt und sich nach Wiederherstellung seiner Gesundheit des an ihn gerichteten Auftrages nicht mehr erinnert. Unzweifelhaft kann auch hier von einer Schadensersatzpflicht nicht die Rede sein.

§ 11.

5. Fortfall der Ersatzpflicht.

Da, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Schadensersatz grundsätzlich auch auf die Lehre vom negativen Interesse Anwendung finden, so ist speziell die Bestimmung des § 254 BGB., nach welcher bei konkurrierendem Verschulden des Beschädigten die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist, auch für die negative Interessehaftung von Bedeutung. Wenden wir diesen Grundsatz auf die einzelnen Fälle der negativen Interessehaftung an, so sehen wir, dass der Beschenkte, wenn er einen Mangel im Recht oder einen Sachfehler des geschenkt erhaltenen

Gegenstandes beim Abschluss des Schenkungsvertrages kannte, nicht mehr den Schenker für den ihm etwa entstandenen Schaden verantwortlich machen kann, da bei der Entstehung dieses Schadens sein eigenes Verschulden mitgewirkt und fast ausschliesslich den Schaden verursacht hat, denn der Beschenkte hatte es bei seiner Kenntnis vollständig in der Hand gehabt, es nicht dahin kommen zu lassen, dass er durch positive Vermögenseinbusse oder durch entgangenen Gewinn geschädigt wurde. Besteht dagegen die Schuld des Beschenkten nur in fahrlässiger Unkenntnis, so kann die Ersatzpflicht des Schenkers nicht gänzlich zessieren, da in diesem Falle der Schaden durch den Beschenkten nur ganz unerheblich verursacht worden ist. Ob aber dieser Umstand nicht von Einfluss für den Umfang seines Ersatzanspruches ist, hängt von dem Ermessen des Richters ab, dessen Entscheidung je nach der Verschiedenheit des Falles auch eine verschiedene sein wird.

Zu dem gleichen Ergebnis wird man auch im Falle des § 663 BGB. kommen müssen. Auch hier fällt die Ersatzpflicht des Beauftragten und der ihm gleichgestellten Personen fort, wenn der Auftraggeber trotz der Nichtanzeige des Beauftragten Kenntnis von der Nichtannahme des Auftrages in irgend einer Weise erhalten hat, lag es dann doch vollständig in seiner Macht, sich vor irgend welchem Schaden negativer Art zu bewahren. War dem Auftraggeber dagegen bereits vor der Erlangung seiner Kenntnis Schaden durch das Schweigen des

Andern entstanden, so bleibt insoweit die Ersatzpflicht des Mandatars bestehen. Bei fahrlässiger Nichtkenntnis auf Seiten des Mandanten trägt zur Verursachung des Schenkers in ganz überwiegendem Masse der Mandatar durch die Verletzung seiner Anzeigepflicht bei. Ein gänzlicher Fortfall seiner Ersatzpflicht kann daher nicht eintreten. Aber auch noch aus einem andern Gesichtspunkte entfällt für den Schenker und Mandatar bei Kenntnis des Kontrahenten die Ersatzpflicht. Die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses umfasst nur den Schaden, der einer Person durch ihr Vertrauen auf das Verhalten der Gegenpartei entstanden ist Wie kann aber bei Kenntnis der wahren Sachlage noch von einem Vertrauen auf das Verhalten des Andern und damit von einem hierdurch entstandenen Schaden die Rede sein!

Auch für die negative Ersatzpflicht des vom Verlöbnis zurücktretenden Verlobten ist der § 254 BGB. von Bedeutung. In diesem Falle kann das Verschulden des geschädigten Verlobten natürlich nicht in irgend einem Kennen oder fahrlässigen Nichtkennen bestehen; es umfasst hier vielmehr die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung eines wichtigen Grundes für den Rücktritt des Anderen. Da in diesem Falle lediglich ein Verschulden auf der Seite des den Rücktritt veranlassenden Verlobten vorliegt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der durch den Rücktritt entstandene Schaden lediglich durch den geschädigten, den Rücktritt veranlasst habenden Ver-

lobten selbst verursacht worden ist. Hier fällt also sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeit des einen die Ersatzpflicht des anderen Verlobten fort. Würde z. B. der Bräutigam absichtlich sein ganzes Vermögen durchbringen, oder würde er infolge verschiedener Nachlässigkeiten im Dienste seine Stellung verlieren und existenzlos werden, und würde durch das eine oder andere die Braut zum Rücktritt vom Verlöbnis veranlasst, so würde entsprechend dem § 254 BGB. für die Braut eine Verpflichtung zum Ersatz des dem Bräutigam entstehenden negativen Schadens nicht eintreten, ganz davon abgesehen, dass gemäss § 1299 BGB. nun die Braut selbst Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses erheben kann. Zur Begründung des Fortfalls dieser Ersatzpflicht bedarf es aber nicht einmal erst der Heranziehung des § 254 BGB. Der § 1298 BGB. selbst befreit nämlich im Abs. 3 ganz allgemein den zurücktretenden Verlobten von der Ersatzpflicht dann, wenn ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorliegt. Diese Vorschrift umfasst nicht nur den oben behandelten Fall, dass der wichtige Grund von dem andern Verlobten verschuldet ist, sondern lässt die Ersatzpflicht auch dann nicht eintreten, wenn der wichtige Grund in der Person des Zurücktretenden selbst liegt — er leidet z. B. an einer unheilbaren schweren Krankheit —, oder wenn der Grund ganz ausserhalb des Bereiches beider Verlobten liegt — so bei Vorhandensein gewisser Ehehindernisse. —

Keine Anwendung findet der § 254 BGB. auf die §§ 122, 179 und 307 BGB. Für diese drei Fälle hat das Gesetzbuch ausdrücklich eine besondere Regelung getroffen.[1] Wenngleich auch nach ihr die Voraussetzung die gleiche, wie die des § 254 BGB. ist, nämlich Verschulden des Beschädigten, so ist der Fortfall der Ersatzpflicht und ihr Umfang doch nicht von der Beantwortung der Frage abhängig gemacht, wer von den Parteien den Schaden vorwiegend verursacht hat, vielmehr schliesst in diesen Fällen ein jedes Verschulden des Geschädigten ohne weiteres seinen Ersatzanspruch vollkommen aus: „Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte“ (§ 122 Abs. 2); „der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste“ (§ 179 Abs. 3); „die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss“[2] (§ 307 Abs. 1). Dass der Beschädigte resp. andere Teil in diesen Fällen stets im bösen Glauben handeln muss, wie man nach Fischer[3] annehmen könnte, ist damit nicht gesagt. Die Ersatzpflicht fällt vielmehr selbst bei leichter Fahr-

1) Vgl. § 122 Abs. 2, § 179 Abs. 3, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

2) Hier ist zu beachten, dass die Kenntnis bzw. fahrlässige Nichtkenntnis des Geschädigten nicht bereits zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorhanden zu sein braucht, im Gegensatz zu der Kenntnis resp. fahrlässigen Unkenntnis des Ersatzpflichtigen.

3) In Fischer-Henle a. a. O. Anm. 9 zu § 122: „Behauptungs- und Beweislast für den bösen Glauben hat stets der Gegner“.

lässigkeit des Geschädigten fort. Die auf diese Weise von dem Geschädigten geforderte peinliche Sorgfalt bei Abschluss von Geschäften ist ja an und für sich gerechtfertigt, da man wohl verlangen kann dass derjenige Kontrahent, dem trotz Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ein Anspruch auf Schadensersatz vom Gesetz gegeben ist, sich dieses besonderen Schutzes auch würdig zeigt, d. h. sein Verfahren frei von Schuld hält. Ob es aber gerecht ist, dem Geschädigten auch dann seinen Interesseanspruch zu nehmen, wenn seinem leichten Verschulden ein grobes Verschulden der Gegenpartei gegenübersteht,[1] ist doch fraglich.[2] In den Fällen der §§ 122, 179 BGB. ist zwar ein Verschulden auf Seiten des Erklärenden bezw. Vertreters nicht er-

1) Während auch schon nach dem Entwurf I im Falle der Unwirksamkeit wegen Willensmangels die grobe wie nicht grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden ohne Einfluss war, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung auf Seiten des Erklärenden kannte oder kennen musste, fiel die Haftung des falsus procurator nur dann fort, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht k a n n t e. Man glaubte nämlich, da man hier die Haftung gewissermassen auf ein stillschweigendes Garantieversprechen zurückführte, dem Dritten eine besondere Verpflichtung, über das Vorhandensein der Vertretungsmacht Erkundigungen einzuziehen, nicht auferlegen zu können vgl. Motive I, S. 244.

2) Wenn Brock a. a. O. S. 204 meint, es hätte für das BGB. kein Grund vorgelegen, von dem Satze abzuweichen, dass derjenige keinen Schadensersatz beanspruchen kann, qui damnum ex sua culpa sentit, so ist dieses richtig, falls nur auf Seiten des G e s c h ä d i g t e n eine culpa vorliegt. Hat dieser allgemeine Satz aber noch Berechtigung, wenn auch auf der anderen Seite die gleiche culpa oder gar gröbere vorliegt? doch gewiss nicht! vgl. Planck a. a. O. Anm. 2, Mayring a. a. O. Anm. 4 zu § 307, Lilie a. a. O. S. 43; Petersen a. a. O. S. 79, Endemann a. a. O. I S. 553 Anm. 8.

forderlich, jedoch kann der Fall eintreten, dass der Erklärende sich sogar eines dolus, der Vertreter einer culpa lata schuldig macht; für die Entstehung der Schadensersatzpflicht aus dem § 307 BGB. ist Verschulden unbedingt erforderlich, aber alles das ist ohne jede Bedeutung, wenn auf Seiten des Geschädigten das geringste Verschulden vorliegt. Wenn ich auch diese Gesetzesbestimmung für ungerecht und daher für verfehlt erachte,[1] so halte ich es doch nicht für angängig, wie Oertmann[2] es tut, hier die Analogie von § 254 BGB. eingreifen zu lassen und den Wegfall der Ersatzpflicht von einem äquivalenten Verschulden abhängig zu machen. Dagegen spricht entschieden der ganz unzweideutige Wortlaut des Gesetzes. Die Heranziehung der Analogie des § 254 BGB. würde ausserdem garnicht den Erfolg haben, dass bei äquivalentem Verschulden die Ersatzpflicht zessiert, denn nach § 254 BGB ist zum Fortfall der Ersatzpflicht nicht genügend, dass dem Beschädigten gleiches oder gröberes Verschulden zur Last fällt, sondern dass er bei Entstehung des Schadens vorwiegend mitgewirkt hat. Verursachen und Verschulden des Schadens brauchen aber nicht immer identisch zu sein.[3]

Auch Cohn[4] ist der Ansicht, dass der § 254 BGB. in den Fällen der §§ 122, 179 Abs. 2, 307 BGB. grundsätzlich keine Anwendung findet, indem er

1) A. M. Brock a. a. O. S. 204.

2) a. a. O. Anm. 4 zu § 307.

3) Vgl. Brock a. a. O. S. 132 Anm. 11; Melliger a. a. O. S. 31 Anm. 1, Matthiass a. a. O I S. 316. Protokolle I S. 300.

4) In „Gruchots Beiträge" Bd. XLIII S. 407 ff.

sagt: „Für diesen Fall — d. h. im Falle die Anfechtbarkeit der Willenserklärung oder die Nichtigkeit des Vertrages dem Geschädigten bekannt ist oder bekannt sein muss — trifft bereits das Gesetz die Bestimmung, dass der Schadensersatz wegfällt. Die Folge dieses mitwirkenden Verschuldens ist also ausdrücklich festgestellt". Jedoch verlässt C o h n in zwiefacher Weise diesen Grundsatz. Das eine Mal will er den § 254 Abs. 2 BGB. dann in Kraft treten lassen, wenn das Verschulden des Geschädigten nicht in einer Mitwirkung an der Entstehung des Schadens liegt, sondern sich nur darauf beschränkt, dass der Beschädigte trotz Kenntnis oder verschuldeter Nichtkenntnis es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Hier hat also zur Zeit des eigentlichen Entstehens des Schadens der Geschädigte die Unwirksamkeit des Geschäfts weder gekannt noch fahrlässig nicht gekannt, erst nachträglich, nachdem er seine Dispositionen getroffen hatte, hat er Kenntnis erhalten, oder hätte sie bei Beobachtung der nötigen Sorgfalt erhalten müssen. In diesem Falle halte auch ich es für die Pflicht des Geschädigten, nun dafür nach Möglichkeit zu sorgen, dass der drohende Schaden abgewendet oder doch wenigstens gemindert wird. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so steht nichts im Wege, gemäss § 254 BGB. die Verpflichtung des andern Teils zum Ersatz des Interesses sowie den Umfang des zu ersetzenden negativen Interesses von den Umständen, insbesondere davon abhängig zu machen, inwieweit der Schaden vorwiegend von

dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.'

Das zweite Mal will Cohn den § 254 BGB. nur im Falle des § 122 BGB. und zwar dann zur Geltung kommen lassen, wenn der Gegner des Irrenden diesen zum Irrtum verleitet, diesem dadurch einen Schaden beigebracht hat, und beiden Teilen ein Verschulden zur Last fällt: dem Gegner des Irrenden dadurch, dass er vorsätzlich oder fahrlässig den Irrenden in den Irrtum versetzt hat, dem Irrenden dadurch, dass er fahrlässig die irrende Erklärung abgegeben hat. Dieser Fall ist grundverschieden von demjenigen, in dem auf Seiten des Irrenden ein schuldhafter Irrtum und auf Seiten des Empfängers Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Irrtums vorliegt. In diesem Falle handelt es sich um die Frage, ob auf die negative Ersatzpflicht des Irrenden die Vorschriften des § 254 BGB. Anwendung finden, welche Frage, wie oben dargetan, grundsätzlich zu verneinen ist. Dagegen ist in dem von Cohn konstruierten Fall zu prüfen, ob dem Gegner des Irrenden eine Ersatzpflicht zur Last fällt, und ob im Bejahungsfalle auf die Ersatzpflicht die Bestimmungen des § 254 BGB. Anwendung finden. Diese ganze Frage hat aber mit der negativen Interessehaftung nichts zu tun, ihre Beantwortung hängt lediglich davon ab, ob der Erklärungsempfänger durch eine unerlaubte Handlung den Irrenden zu dem Irrtum veranlasst hat oder nicht. Ist die Frage zu bejahen, wobei es dahingestellt bleiben mag, ob die unerlaubte Handlung aus dem

§ 823 Abs. 2 oder § 826 BGB. herzuleiten ist, so steht der Anwendung des § 254 nichts entgegen. Der dem Irrenden in diesem Falle zustehende Schadensersatzanspruch resultiert aber nicht, wie Cohn annimmt, aus der culpa in contrahendo, und ist daher nicht auf das negative Interesse beschränkt, ist vielmehr, da er auf unerlaubte Handlung beruht, unbegrenzt.

Es könnte scheinen, als ob der § 179 BGB. in seinem Abs. 3 noch einen besonderen Fall des Ausschlusses der Ersatzpflicht enthalte. Er bestimmt nämlich ausdrücklich, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht auch dann nicht haftet, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. In Wirklichkeit aber darf man diese Vorschrift nicht als eine Besonderheit für den falsus procurator auffassen, denn auch in allen übrigen Fällen der negativen Interessehaftung haftet niemals der beschränkt Geschäftsfähige für das negative Interesse.[1] Das ergibt sich zwar nicht aus einer besonderen diesbezüglichen Bestimmung in dem jeweiligen Paragraphen, sondern es ist die notwendige Folgerung aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 107 ff. über die Verpflichtungsfähigkeit des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten und der diesem rechtlich gleichgestellten Personen. Danach muss man die besondere Hervorhebung im

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 84; Lilie a. a. O. S. 53 u. 55; Hölder a. a. O. Anm. 5 zu § 179, Endemann a. a. O. I. S. 411 Anm. 8; Rehbein a. a. O. I. S. 281.

§ 179 BGB. als überflüssig bezeichnen, und so erklärte auch ein Teil der Kommission für die zweite Lesung dieselbe für selbstverständlich, da die Jurisprudenz an der Hand der allgemeinen Vorschriften zweifellos zu dem gleichen Resultate gelangen werde.[1] Wenn das Gesetzbuch trotzdem diese Bestimmung aufgenommen hat, so war hierfür die Erwägung massgebend, dass man, da der § 165 BGB. dem beschränkt Geschäftsfähigen volle Fähigkeit zur Stellvertretung gibt, leicht zu der Auffassung kommen könnte, der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Vertreter sei nun auch haftbar.

War oben gesagt, dass in allen Fällen der negativen Interessehaftung der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte von der Ersatzpflicht nicht betroffen wird, so muss sich diese Regel unter Umständen eine Einschränkung gefallen lassen. Der Nichtbesitz der Geschäftsfähigkeit ist nämlich für die Ersatzpflicht aus den §§ 1298, 1299, 1360 BGB. dann von keiner Bedeutung, wenn man in dem Verlöbnis nicht ein Rechtsgeschäft, sondern nur ein rein tatsächliches Verhältnis zwischen den Verlobten erblickt. In diesem Falle können die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit nicht zur Anwendung kommen, der Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters also auf die Ersatzpflicht keinen Einfluss ausüben. Da jedoch nach meiner Auffassung, wie später näher dargelegt werden wird, das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft ist

1) Vgl. Protokolle I. S. 164.

ich somit also in dem von einem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Verlöbnis mit Rücksicht darauf, dass er durch dasselbe keineswegs lediglich einen rechtlichen Vermögensvorteil erlangt,[1] ein gültiges Verlöbnis nicht erblicke, so können m. E. Ersatzansprüche aus dem Verlöbnisbruch in diesem Falle nicht geltend gemacht werden.[2]

Einen verschiedenen Erfolg werden die bezüglich der rechtlichen Natur des Verlöbnisses sich gegenüberstehenden Anschauungen grundsätzlich deshalb nicht ergeben, weil der vom Verlöbnis zurücktretende in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Verlobte schon allein auf Grund des Abs. 3 des § 1298 BGB. von der Ersatzpflicht befreit wird. Da nach ihm die Ersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn ein wichtiger Grund für den Rücktritt vorliegt, und der Umstand, dass der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung nicht gegeben hat resp. seine Genehmigung verweigert, unzweifelhaft ein wichtiger Rücktrittsgrund ist,[3] bedarf es zur Begründung des Fortfalls der Ersatzpflicht in diesem Falle nicht erst der Heranziehung der allgemeinen Schutzvorschriften der §§ 107 ff. BGB. für Minderjährige und die ihnen gemäss § 114 BGB. gleichgestellten Personen. Nicht das Gleiche gilt für den § 1299 BGB. Wenn ein in der Geschäftsfähigkeit be-

1) A. M. Goldmann, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 432.
2) Vgl. Enneccerus-Lehman a. a. a. O. S. 243.
3) So auch Dittenberger a. a. O. S. 153, 5, Heilfronn a. a. O. IV S. 7.

schränkter Verlobter den andern schuldhaft zum Rücktritt veranlasst, so könnte ein Fortfall seiner Ersatzpflicht sich nur darauf gründen, dass wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit ein gültiges Verlöbnis nicht zu Stande gekommen, somit eine Bedingung für den Ersatzanspruch aus dem Verlöbnisbruch nicht erfüllt sei. Betrachtet man dagegen, in dem Verlöbnis nur ein tatsächliches Verhältnis erblickend, das Verlöbnis trotz der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Verlobten als gültig zustandegekommen, so liegt kein Grund vor, den den Rücktritt verschuldet habenden Verlobten von seiner Haftpflicht zu befreien. Mit Rücksicht auf das verschiedene Ergebnis, zu dem man je nach der Auffassung von der Rechtsnatur des Verlöbnisses im Fall des § 1299 BGB. gelangt, hat m. E. die Kommission für die 2. Lesung die Annahme des Antrages, nach welchem der Anspruch aus dem Verlöbnisbruch nur dann gegeben sein sollte, wenn das Verlöbnis unter Zustimmung derjenigen Personen geschlossen ist, deren Zustimmung zur Eheschliessung erforderlich ist, mit Unrecht abgelehnt

§ 12.

6. Die rechtliche Natur des Anspruches.

Jene Frage, die bereits im gemeinen Recht Gegenstand lebhaftester Erörterungen war, die Frage nach der rechtlichen Natur des Anspruchs auf Ersatz des negativen Interesses hat auch das BGB.

unbeantwortet gelassen.[1] Der Gesetzgeber glaubte, obwohl er die Bedeutung der Beantwortung dieser Frage nicht verkannt hat, von einer Lösung Abstand nehmen zu dürfen, da ein Bedürfnis zur Regelung durch positive Bestimmung nicht gegeben sei.[2] Ob indessen hiermit das Richtige getroffen ist, ist im Hinblick auf die in diesem Punkte bereits eingetretene Divergenz der Anschauungen mehr als fraglich. Zum Unterschied gegen das gemeine Recht brauchen wir bei der Ergründung des Wesens der negativen Interessehaftung nicht mehr darauf bedacht zu sein, ein Prinzip aufzustellen, aus dem erst zu folgern ist, dass es überhaupt eine negative Interessehaftung gibt, vielmehr handelt es sich, da das BGB. durch positive Regelung uns die einzelnen Fälle, in denen ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensinteresses entstehen kann, gegeben hat, nunmehr nur noch darum, aus dem jeweiligen Falle selbst seine juristische Konstruktion abzuleiten. Wie fast durchweg in der Lehre vom negativen Interesse muss auch hier wieder wegen der grossen inneren Verschiedenheit der einzelnen Fälle davon Abstand genommen werden, ein einheitliches Prinzip aufzustellen.

Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass, wenn das negative Interesse nicht durch das Ver-

1) Die Motive I S. 195 überlassen bezüglich des jetzigen § 122 BGB. die Lösung der Frage, ob die negative Interessehaftung auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ausdrücklich der Wissenschaft.

2) Vgl. Motive II. S. 179.

trauen auf das Zustandekommen eines Vertrages, sondern durch das Vertrauen auf gehörige Erfüllung eines vollgültigen Vertrages entstanden ist, dass dann die Pflicht zum Ersatz des Interesses ihren Grund in der Verletzung der Vertragspflichten hat. Da also der Schenker, wenn er einen Mangel arglistig verschweigt, den Schenkungsvertrag nicht gehörig erfüllt, und der Verlobte, wenn er vom Verlöbnis ohne wichtigen Grund zurücktritt, resp. den anderen schuldhaft zum Rücktritt veranlasst, den Verlöbnisvertrag überhaupt nicht erfüllt, so ist ihre Entschädigungspflicht zurückzuführen auf die Verletzung rechtsgeschäftlicher Vorschriften. Dass die Schenkung ein Vertrag ist, ist auf Grund der Vorschriften des BGB. nicht mehr zweifelhaft; dagegen ist die Vertragsnatur des Verlöbnisses nicht unbestritten, denn „die Entscheidung der Frage nach dem prinzipiellen Charakter des Verlöbnisses" ist vom Gesetz der Wissenschaft überlassen.[1] Es stehen sich hier zwei Anschauungen gegenüber. Nach der einen ist das Verlöbnis nichts anderes als ein die Ehe vorbereitender tatsächlicher Willensakt, der jeder rechtsgeschäftlichen Wirkung entbehrt.[2] Nach der anderen ist es

1) Vgl. Protokolle IV. S. 9.

2) Vgl. Matthiass a. a. O. II S. 195; Cosack a. a. O. II S. 404; A. Engelmann a. a. O. S. 635, Jakobi a. a. O. S. 18; Bulling, die deutsche Frau und das BGB. S. 70; Zihlmann, der Verlöbnisbruch im modernen Recht; Hellmann, deutsche Juristenzeitung 1901 S. 217 ff.; Bunsen a. a. O. III S. 9, Nathan, die juristische Konstruktion des Verlöbnisses nach dem BGB. S. 47.

der Vertrag zweier Personen verschiedenen Geschlechts, durch den sie sich zur späteren Eingehung der Ehe gegenseitig verpflichten.[1] [2] Ein Teil der Anhänger der tatsächlichen Natur des Verlöbnisses führt den Grund der Haftung auf ein zu Grunde liegendes Garantieversprechen zurück, [3] eine Auffassung, die wohl mit dem § 1297 Abs. 2: „Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig" innewohnenden Gedanken nicht im Einklang steht.[4] Ein anderer Teil[5] gründet die Ersatzpflicht auf die deliktische Natur des Verlöbnisbruches, wobei jedoch ausser Acht gelassen ist, dass das Gesetzbuch selbst den Rücktritt nicht nur erlaubt, sondern noch dadurch begünstigt, dass es alles, was einer Zwangsmassregel zur Eingehung einer unfreiwilligen

---

1) Planck a. a. O. IV S. 9; Stutz a. a. O., Endemann a. a. O. II S. 600; Krüger, juristisches Literaturblatt v. 15. April 1902 No. 134 S. 86; Neumann a. a. O. II S. 702; Staudinger a. a. O. IV S. 3; Kuhlenbeck — Kommentar — II, 1 S. 2. Heilfronn a. a. O. IV. S. 7; Leske a. a. O. S. 626; Schmidt-Habicht a. a. O. S. 5; Dittenberger a. a. O. S 59; Mumm, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 65. Jahrg. S. 161.

2) Nicht hierher gehört, dass die Anhänger der rechtsgeschäftlichen Auffassung des Verlöbnisses sich wieder in drei Kategorieen teilen, je nach dem sie das Verlöbnis als einen obligatorischen, obligatorisch-familienrechtlichen oder als einen familienrechtlichen Vertrag betrachteten s. Näheres darüber Nathan a. a O. S. 17.

3) Vgl. Planck a. a. O. IV S. 8.

4) Ich will hier gleich vorausschicken, dass im Rahmen dieser Arbeit nicht näher auf die Widerlegung der gegnerischen Ansichten eingegangen werden kann.

5) u. a. Hellmann deutsche Juristenzeitung 1901 S. 220 s. auch Cramer das Verlöbnis nach dem BGB.

Ehe ähnlich sehen könnte, sorgsam vermieden hat. So erkennen auch die Motive IV S. 3 einen Anspruch auf Schadensersatz an ohne Rücksicht, ob im konkreten Falle der Rücktritt als ein Delikt sich darstellt.[1] Ein weiterer Teil sieht den Grund der Entschädigungspflicht in einer culpa in contrahendo.[2] Sie rechnen es dem zurücktretenden Verlobten zur Schuld an, dass er dem anderen Hoffnung gemacht hat, die er später nicht erfüllt. Hiergegen ist vor allem einzuwenden, dass den zurücktretenden Verlobten durchaus nicht immer eine Schuld zu treffen braucht, man denke nur an den Fall, dass ein Verlobter, der bei einem Bankkrach einen Teil seines Vermögens verloren hat, vom Verlöbnis zurücktritt aus Besorgnis, er würde seiner verwöhnten Braut in der Ehe nicht genug Vergnügungen bieten können.

Gegenüber diesen unbefriedigenden Resultaten der Theorie der „blossen Tatsächlichkeit" führt die Auffassung von der „Vertragsnatur" des Verlöbnisses, wie oben bereits gezeigt, zu einer einwandfreien juristischen Konstruktion der Ersatzansprüche. Diese Vertragsnatur dem Verlöbnis deshalb abzusprechen, weil aus ihm nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann, ist nicht angängig.[3] Denn wenn auch die Klagbarkeit eines Verhältnisses in der Regel ein Zeichen des obligatorischen Charakters ist, so darf aus dem Ausschluss der Klage nicht das Gegenteil geschlossen werden. Lediglich aus

1) s. insbesondere Cramer a. a. O. S. 13 ff.

2) So Jakobi a. a. O. S. 20, Matthiass a. a. O. II S. 195, A. Engelmann a. a. O. S. 635.

3) s. Dittenberger a. a. O. S. 45.

Opportunitätsgründen, ohne auf die Gestaltung der rechtlichen Natur des Verlöbnisses einwirken zu wollen, hat der Gesetzgeber dem Verlöbnis die Klagbarkeit genommen. Der Hinweis der Gegner auf das Verbot der Festsetzung einer Vertragsstrafe und den Ausschluss des Anspruches auf das Erfüllungsinteresse kann unsere Auffassung von der Vertragsnatur des Verlöbnisses gleichfalls nicht erschüttern, denn hierin erblicken wir nur eine Ausnahme, aber eben nur eine Ausnahme von den allgemeinen Wirkungen obligatorischer Rechtsverhältnisse, die mit Rücksicht auf die familienrechtliche Bedeutung des Verlöbnisses nicht nur erklärlich sondern auch erforderlich erscheint. Gerade der Umstand, dass durch das Gesetz ausdrücklich Klage und Vertragsstrafe ausgeschlossen ist, beweist, dass ohne diese gesetzliche Bestimmung beide gestattet wären. Dass diese Hauptkriterien eines obligatorischen Charakters aus besonderen Umständen ausser Kraft gesetzt sind, kann an der rechtlichen Natur des Verlöbnisses nichts ändern.

Auch in den übrigen Anwendungsfällen des negativen Interesses, in denen ein Vertrag nicht zur Perfektion gelangt ist oder sich als nichtig darstellt, lässt sich die materielle Begründnng des Anspruches nicht auf ein einheitliches Prinzip zurückführen. Die rechtliche Natur ist vielmehr eine verschiedene, je nach dem zur Entstehung des Anspruches Verschulden erforderlich ist oder nicht. Da alle diese Fälle das Gemeinsame haben, dass bei ihnen ein Rechtsgeschäft nicht zustandegekommen

ist, so ist es ausgeschlossen, dass die Haftung aus einem Rechtsgeschäft selbst, insbesondere aus der Verletzung reiner Vertragspflichten abgeleitet werden kann. Indessen ist es nicht ausgeschlossen, dass die Haftung in den Fällen, in denen die Entschädigungspflicht auf einem Verschulden beruht, auf den Verstoss ähnlicher Pflichten zurückzuführen ist. In der Tat muss man zugeben, dass derjenige, der trotz Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis der Unmöglichkeit einer Leistung diese zum Gegenstand eines Vertrages macht, und ebenso derjenige, der die Ablehnung eines Auftrages schuldhaft verzögert, obwohl er zur unverzüglichen Anzeige verpflichtet ist, sich in Widerspruch setzen zu ihren Pflichten, sei es allgemeinen (§ 307 BGB.), sei es vom Gesetz besonders statuierten (§ 663 BGB.) Würde in diesen beiden Fällen ein Vertrag zustandegekommen sein, so würde man einen aus der Verletzung jener Pflichten entstehenden Entschädigungsanspruch unbedingt auf die Verletzung von Vertragspflichten zurückführen. Wenn nun auch ein gültiger Vertrag in Wahrheit nicht vorliegt, so kann dieser Umstand nicht als dermassen wesentlich angesehen werden, dass er diesen Pflichten die rechtsgeschäftliche Natur nehmen könnte, so dass auch hier die innere Begründung des Interesseanspruches in der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten im weiteren Sinne, in der culpa in contrahendo zu finden ist.[1]

1) Ebenso Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3, Meissner a. a. O. Anm. 3, Oertmann a. a. O. Anm. 7, Kuhlenbeck — Kommentar —

Diese Begründung der Entschädigungspflicht ist nicht unbestritten. Nach manchen Schriftstellern ist der Schadensersatzanspruch deliktischer Natur. So will Kaufmann[1] aus der „abstrakten Regelung der Haftung" den Schluss ziehen, dass man es im § 307 BGB. mit einer gesetzlichen Haftung nach Art eines Quasidelikts zu tun habe. Engelmann[2] hält die Haftung aus § 663 BGB. für eine deliktische und verwirft unsere Anschauung, weil ein Schuldverhältnis nicht zustandegekommen sei. Gegen die Annahme einer deliktischen oder quasideliktischen Haftung spricht wohl vor allem die Einreihung der §§ 307, 663 BGB. in das Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse.[3] Würde es sich tatsächlich hier um eine Haftung aus unerlaubter Handlung handeln, so ist kein Grund einzusehen, warum das Gesetzbuch nicht auch diesen Fall unter den die Hafung aus unerlaubter Handlung abschliessend regelnden 25. Titel gebracht hat; und sollten Zwecksmässigkeitserwägungen massgebend gewesen sein, von dieser Anordnung abzusehen, so

---

Anm. 3, Mayring a. a. O. Anm. 7, Planck a. a. O. Anm. 4, Schollmeyer a. a. O. Anm. 3 zu § 307, Kleineidam a. a. O. S. 41, Enneccerus-Lehmann S. 399, Weil a. a. O. I S. 466 N. 2, Leske a. a. O. S. 333 Anm. 9 u. S. 144 Anm. 1, Oertmann a. a. O. Anm. 1 c ad § 663; vgl. auch Titze a. a. O. S. 229, grundsätzlich auch Brock a. a. O. S. 197, vgl. ferner Entscheidungen des OLG. zu Königsberg vom 14. Februar 1902 in Seufferts Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte.

1) a. a. O. Anm. 1 zu § 307, ebenso Schmidt a. a. O. S. 38, 39.

2) Th. Engelmann a. a. O. Anm. 3 zu § 663; ebenso Matthiass a. a. O. I S. 538.

3) Vgl. Oertmann a. a O. Anm. 7 b, Mayring a. a. O. Anm. 7 zu § 307.

würde doch mindestens ein Hinweis auf „entsprechende Anwendung“ der Vorschriften über unerlaubte Handlungen — ähnlich wie im § 276 BGB. — in dem jeweiligen Paragraphen nicht unterblieben sein.[1] Im selben Kommentar mit Engelmann argumentiert Mayring[2] für die Haftung aus dem § 307 BGB.: „nach der Stellung der Bestimmung im Abschnitte „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ wird angenommen werden dürfen, dass die Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten den Grund der Haftung bildet“. Warum soll dann diese Forderung nicht auch für die Haftung aus § 663 BGB. gezogen werden, der doch ebenso im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse steht? Ausserdem wird im selben Kommentar die Haftung aus § 307 BGB. auf die Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten zurückgeführt, obwohl doch auch hier ein ein Vertrag nicht zustandegekommen ist! Wollte man die Deliktsauffassung Kaufmanns akzeptieren, so würde man die Haftung aus § 307 BGB. in einen scharfen Gegensatz zu der aus § 122 BGB. bringen, die doch unzweifelhaft keine deliktische ist. Ein solcher Gegensatz aber würde dem Gesetze nicht entsprechen, die Haftung aus § 307 BGB. und die aus § 122 BGB. sind sich hinsichtlich ihrer inneren Natur ziemlich gleich, der Umstand dass bei der einen Verschulden vorausgesetzt wird, bei der andern nicht, kann nicht dazu führen, beide

1) Vgl. Planck a. a. O. II S. 603; Brock a. a. O. S. 196.
2) a. a. O. Anm. 7 zu § 307.

Fälle bezüglich ihrer juristischen Konstruktion in eine derartige Divergenz mit einander zu bringen.[1]

Gänzlich verfehlt scheint mir die Ausführung Melligers[2] Seite 170, denn wenn er sagt: „Weil im Falle der Unmöglichkeit der Leistung culpa vorausgesetzt wird, mithin handelt es sich um eine unerlaubte Handlung", so verkennt er ganz und gar den Begriff „unerlaubte Handlung" im BGB. Nach seiner Anschauung müsste auch dann eine unerlaubte Handlung vorliegen, wenn der Schuldner in Verzug gerät, denn auch hier wird ein Verschulden vorausgesetzt. Endlich sei nur noch darauf hingewiesen, dass schon die Institutionen Justinians (§ 5 de empt. et vend. 3, 23) in einem dem § 307 BGB. wesentlich gleichen Falle von dem Ersatzberechtigten sagen: „habebit actionem ex empto", ein Beweis, dass von einer Deliktsklage schon damals nicht die Rede war.

Eine vermittelnde Stellung nimmt Brock[3] ein, er wünscht und zwar für jede negative Interessehaftung, soweit sie aus unwirksamen Verträgen entsteht, dass die Haftung als selbständige Kategorie zwischen der Kontraktshaftung und der Deliktshaftung anerkannt werde. Brock verfolgt mit dieser Aufstellung den Zweck zu verhindern, dass die Haftung bei unwirksamen Verträgen mit der eigentlich rechtsgeschäftlichen Haftung zu gleichartig behandelt wird. Brock macht aber nicht

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann a. a. O. S. 392, 2 a.
2) a. a. O.
3) a. a. O. S. 197.

ersichtlich, aus welchen Gründen denn diese gleichartige Behandlung zu verwerfen ist. Wenn er darauf verweist, Titze[1] lehne die negative Interessehaftung zu eng an den kontraktlichen Anspruch, da er den Anspruch des negativen Interesses derselben Verjährungsfrist unterwerfe, der die Kontraktsklage unterliegen würde, wenn der Vertrag gültig gewesen wäre, so übersieht er dabei, dass Titze zu diesem Ergebnis nicht etwa kommt, weil er die negative Interessehaftung zu gleichartig mit der eigentlich rechtsgeschäftlichen Haftung behandelt — er erklärt ausdrücklich, dass der Anspruch auf das negative Interesse ein ausserkontraktlicher ist —, vielmehr glaubte Titze nur deswegen den Interesseanspruch der jeweiligen kürzeren Verjährungsfrist unterwerfen zu müssen, weil sonst der Ersatzanspruch unter Umständen später verjähren würde als die Ansprüche, die dem Gläubiger im Falle der Gültigkeit des Vertrages zuständen. Ob ferner mit diesem Konglomerat aus Rechtsgeschäft und Delikt mehr gewonnen ist als mit der Charakterisierung des negativen Interesses als einer rechtsgeschäftsähnlichen Verpflichtung, ist mir sehr fraglich, zumal es mir nicht angängig erscheint, auch diejenigen Fälle der negativen Interessehaftung, in denen überhaupt keine culpa vorliegt und vorzuliegen braucht, als ein Gemisch aus Kontrakts- und Deliktshaftung hinzustellen.

Die innere Begründung des Ersatzanspruches ist schliesslich in denjenigen Fällen, in denen bei

1) a. a. O. S. 229.

Nichtzustandekommen des Rechtsgeschäfts die Haftung unabhängig von einem Verschulden ist, auf das Postulat des „guten Glaubens“ zurückzuführen.[1] Denn es ist nicht mehr als billig, dass derjenige, der wegen Divergenz seiner Erklärung und seines Willens von seiner Leistungspflicht befreit wird, und derjenige, der wegen Unkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht der Erfüllung enthoben wird, dem schuldlos Geschädigten wenigstens denjenigen Schaden ersetzt, den dieser durch sein Vertrauen auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts erlitten hat. „Wir haben es hier“, sagt Eisele,[2] „mit einem fundamentalsten Postulat der bona fides zu tun, welche hier nicht blos als ein den Verkehr beherrschendes, sondern als ein den rechtlichen Verkehr überhaupt erst ermöglichendes Prinzip erscheint“.

Die Motive[3] stellen die Haftung aus dem § 179 BGB. auf ein Garantieversprechen, welches der Vertreter stillschweigend dahin abgibt, dass er dem Dritten für sämtlichen Schaden aufkommen will, falls sich hernach herausstellt, dass er — der Vertreter — keine Vertretungsmacht besessen hat, und auch die nachträgliche Genehmigung des Vertretenden ausbleibt. Dieses stillschweigende Garantieversprechen hatte seine Berechtigung für den Entwurf I, in dem der falsus procurator stets auf

1) Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 43. Gareis a. a. O. Anm. 6 zu § 122; Gierke, deutsches Privatrecht S. 289; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. I S. 414, Fritsch a. a. O. S. 42.

2) Jahrbuch für Dogmatik Bd. 25 S. 472.

3) I. S. 244.

Erfüllung oder Erfüllungsinteresse haftbar war.[1] Nach jetzigem Recht, wenigstens für § 179 Abs. 2 BGB., kann diese Konstruktion nicht mehr aufrecht erhalten werden, denn sonst würde die logische Konsequenz sein, dass der falsus procurator auch bei Nichtkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht dem Dritten den Schaden in seinem vollen Umfange d. h. also das Erfüllungsinteresse ersetzen müsste.

Es könnte bezüglich des Prinzips der bona fides der Einwand gemacht werden, dass auch bei allen anderen unter diesem Kapitel behandelten Fällen der innere Grund der Haftung in dem „guten Glauben" gefunden werden könnte, denn auch hier sei die Schadloshaltung des Unschuldigen ein Postulat des guten Glaubens. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass, solange eine andere juristische Konstruktion für jene Fälle gefunden werden kann, nicht auf die den ganzen Rechtsverkehr beherrschende bona fides zurückgegangen werden darf.

§ 13.

7. Die Klage.

a. Verjährung.

Für die Verjährung der Klage ist die Frage nach der rechtlichen Natur des Ersatzanspruches von ausschlaggebender Bedeutung, denn je nach dem man der Haftung einen deliktischen Charakter zu-

4) Vgl. Melliger a. a. O. S. 166, 167, Endemann a. a. O. I S. 411 Anm. 8.

erkennt oder nicht, ist die Verjährungszeit eine kürzere oder längere. Wenn aber Oertmann[1] sagt: „Dass alle diese Ansprüche ihren Grund nicht in unerlaubter Handlung haben, zeigt sich vor allem in der Verjährung: Sie unterliegen sämtlich der ordentlichen Frist", so könnte das leicht zu der Auffassung führen, als ob die Verjährungsfristen bereits feststänaen, und aus ihnen ein Rückschluss auf die rechtliche Natur der Ansprüche gezogen werden dürfte. Das Gegenteil ist der Fall. Da wir uns auf den Standpunkt des „nichtdeliktischen Charakters" stellen, so ziehen wir erst hieraus die Folgerung, dass der Anspruch nach § 195 BGB. in 30 Jahren,[2] nicht, wie die Anhänger der Deliktshaftung wollen, in 3 Jahren[3] verjährt. Hinsichtlich des Ersatzanspruches aus unwirksamen Verträgen gibt es noch eine dritte Meinung. Nach Scholl-meyer[4] und Titze[5] soll nämlich die Verjährungsfrist, trotzdem beide mit uns in der Auffassung des rechtlichen Charakters des Interesseanspruchs übereinstimmen, nicht immer 30 Jahre betragen, dieselbe

---

1) a. a. O. S. 16.

2) Mayring a. a. O. Anm. 7; Oertmann a. a. O. Anm. 7, Kuhlenbeck — Kommentar — Anm. 3, Planck a. a. O. Anm. 4, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 307, Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 399, 2 a. Melliger a. a. O. S. 170 mit Ausnahme des § 307!; Kleineidam a. a. O. S. 42; Petersen a. a. O. S. 64, Fischer-Henle a. a. O. § 1302 Anm. 2. Leske a. a O. S. 144, Titze a. a. O. S. 229, Brock a. a. O. S. 197.

3) Matthiass a. a. O. I S. 537 bezüglich des § 663, Melliger a. a. O. bezüglich des § 307.

4) a. a. O. Anm. 3 zu § 307.

5) a. a. O. S. 229.

vielmehr je nach der Verjährungsfrist des zu Grunde liegenden, wenn auch nicht zur Perfektion gelangten Rechtsgeschäftes verschieden lang sein. Dem kann ich nicht beitreten. Die inbetracht kommenden §§ 196 ff. BGB. können nämlich hier deshalb keine Anwendung finden, weil die kurze Verjährung in ihnen nur auf ganz bestimmte Ansprüche wie wegen Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten, Gewährung von Wohnung oder Unterricht u. s. w., beschränkt ist, von einem Ersatzanspruche aber nirgends gesprochen wird. Ausserdem wird in allen Fällen Erfüllung des Rechtsgeschäfts auf Seiten des Anspruchsberechtigten vorausgesetzt.[1] Der Hinweis Titze's darauf, dass anderen Falls der Anspruch auf Ersatz der negativen Interesses unter Umständen später verjähren könnte, als die Ansprüche verjähren würden, die dem Gläubiger im Falle der Giltigkeit des Vertrages zuständen, spricht in keiner Weise dafür, dass nun der negative Interesseersatz derselben Verjährungsfrist, der die Kontraktsklage unterliegt, zu unterwerfen ist, denn sonst müsste konsequenter Weise auch jeder Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung das gleiche Schicksal teilen und stets die Verjährungsfrist des nichterfüllten Geschäftes annehmen. Dass dieser Anspruch aber nicht unter die kürzeren Verjährungsfristen des § 196 BGB. fallen soll, ist unschwer der Vorschrift dieses Paragraphen zu entnehmen, wonach es sich stets nur um Ansprüche für „Lieferung von Waren",

1) Vgl. Kleineidam a. a. O. S. 42.

„Lieferung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen", für „Gewährung von Wohnung", für „Gewährung von Unterricht", für „Leistungen und Aufwendungen", wegen „geleisteter Vorschüsse", kurz immer nur um Ansprüche wegen Erfüllung, niemals aber um solche wegen Nichterfüllung handelt[1] Und zwar erklärt sich dieses daraus, dass der innere Grund der für Einführung dieser kurzen Verjährungsfristen massgebend gewesen ist: das schädliche Borgsystem bei den Anschaffungen für den täglichen Bedarf nach Möglichkeit einzudämmen, bei den Ansprüchen auf Schadensersatz nicht inbetracht kommen kann.

Auch der negative Ersatzanspruch aus dem § 523 Abs. 1 und § 524 Abs. 1 BGB. unterliegt, obwohl er aus einem giltigen Vertrage resultiert, keiner besonderen Verjährung, da alle Ansprüche aus dem Schenkungsvertrage der ordentlichen Verjährung von 30 Jahren unterworfen sind.

Nur für den andern Fall der negativen Interessehaftung aus zustandegekommenem Vertrage besteht eine besondere gesesetzliche Regelung. In der Absicht, Ansprüche aus dem Verlöbnisbruch wegen ihrer unerquicklichen Art möglichst bald aus der Welt zu schaffen, ferner mit Rücksicht darauf, dass es meistens sehr schwierig ist, nach längerer Zeit noch festzustellen, welche Massnahmen in Erwartung, welche nicht in Erwartung der Ehe ge-

---

1) Die Entwürfe sämtlicher Lesungen hatten eine Verjährungsfrist von einem Jahre. Erst durch den Reichstag wurde die zweijährige Frist eingeführt.

troffen sind, und endlich um fortwährenden Eingriffen in die Ruhe und den Frieden der Familie vorzubeugen, setzt der § 1302 BGB. die Verjährungsfrist für die Ansprüche aus der Auflösung des Verlöbnisses auf 2 Jahre herab.

Der Beginn der Verjährung fällt mit der Entstehung des negativen Interesseanspruchs zusammen. Und zwar ist der Anspruch aus dem § 122 BGB. im Falle des Scherzes mit dem Geschäftsabschluss, in den Fällen des Irrtums und der falschen Übermittelung mit der Anfechtung entstanden. Der Lauf der Verjährung beginnt in den Fällen der §§ 179 Abs. 2 und 307 BGB. mit dem vermeintlichen Abschluss des Rechtsgeschäfts. Der Anspruch aus dem § 523 Abs. 1 und § 524 Abs. 1 BGB. fängt mit dem Abschluss des Schenkungsvertrages zu verjähren an. Da im Falle des § 663 BGB. der Interesseanspruch erst in dem Augenblick zur Entstehung gelangt, in dem der Eingang der Nachricht spätestens erwartet werden durfte, so beginnt auch von diesem Zeitpunkt an die Verjährungsfrist zu laufen. In den Fällen der §§ 1298 ff. fällt der Beginn der Verjährung mit der Auflösung des Verlöbnisses zusammen, was m. E., da im Augenblick des Rücktritts der negative Interesseanspruch erst ensteht, nicht noch besonders in dem § 1302 BGB. hervorgehoben zu werden brauchte. Wann die Auflösung des Verlöbnisses erfolgt, ist Tatfrage. Der Rücktritt kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung als auch durch konkludente Handlungen stattfinden.

b. Vererblichkeit und Übertragbarkeit.

Sämtliche Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses sind aktiv und passiv vererblich sowie übertragbar. Nur der Anspruch der verlassenen unbescholtenen Braut auf Ersatz des durch die Gestattung der Beiwohnung erlittenen immateriellen Schadens macht mit Rücksicht auf seine höchst persönliche Natur eine Ausnahme. Er begründet nach § 1300 Abs. 2 BGB. eine actio vindictam spirans, ist also weder übertragbar, noch geht er auf die Erben über. Nur wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist, fällt auch für ihn die Sonderbestimmung weg.

c. Beweislast.

Die Beweislast liegt grunsätzlich dem Geschädigten ob; er hat zu beweisen, dass der Tatbestand gegeben ist, auf Grund dessen die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses entsteht, so z. B. im § 307 BGB. den Abschluss des Vertrages, ferner die ursprüngliche objektive Unmöglichkeit der Leistung und endlich die culpa in contrahendo des Beklagten. Er hat weiter zu beweisen, dass ihm, und wie hoch ihm ein Schaden infolge seines Vertrauens auf das Verhalten des Anderen entstanden ist, welcher Beweis nach § 278 CPO. auf Anordnung des Gerichts durch Ablegung eines Eides geführt werden kann. Im Falle des § 1298 BGB. hat er auch zu beweisen, dass die Aufwendungen, Verbindlichkeiten und sonstigen

Massnahmen, für die Ersatz verlangt wird, den Umständen nach angemessen waren.

Will der Beklagte sich von der Ersatzpflicht befreien, so hat er seinerseits zu beweisen, dass er zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes geschäftsunfähig resp. beschränkt geschäftsfähig war; jedoch bleibt der beschränkt Geschäftsfähige zum Ersatz verpflichtet, wenn vom Geschädigten der Beweis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erbracht wird.

In denjenigen Fällen, in denen eine Ersatzpflicht wegen Verschuldens des Geschädigten nicht eintritt, hat der Beklagte, wenn er diese Einrede geltend macht, zu beweisen, dass auf Seiten des Geschädigten Kenntnis bezw. fahrlässige Nichtkenntnis bezw. im § 1298 BGB. vorsätzliches oder fahrlässiges Geben eines wichtigen Grundes vorliegt. Ein in der Kommission für die 2. Lesung gestellter Antrag, im Falle des § 307 BGB. dem Geschädigten auch die Beweispflicht seines Nichtverschuldens aufzuerlegen, wurde in der richtigen Erwägung, dass kein Grund vorliege, in diesem Falle von der allgemeinen Beweislastverteilung abzuweichen, abgelehnt.[1] Titze[2] hält es für ungerecht, dass, wenn der Schuldner das negative Interesse ersetzt verlangt, dennoch dem Gläubiger der Beweis auferlegt ist, dass der Schuldner die Unmöglichkeit kannte bezw. kennen musste. Titze gibt aber selbst zu, dass der Wortlaut des Gesetzes nicht zulasse, in diesem

1) Protokolle I S. 453.
2) a. a O. S. 228.

Falle dem Schuldner den Nachweis, dass er die Unmöglichkeit nicht kannte und auch nicht kennen musste, aufzubürden. Endlich hat der Ersatzpflichtige den Beweis zu erbringen, dass im gegebenen Falle das positive Interesse niedriger ist als das negative.

Eine ganz besondere Verteilung der Beweislast tritt ein, wenn der Ersatz des negativen Interesses aus dem § 179 BGB. verlangt wird. Hier hat der Geschädigte zu beweisen, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen den Vertrag abgeschlossen, und dass der Vertretene seine Genehmigung verweigert hat. Würde der Beklagte sich hierbei beruhigen, so würde er gemäss Abs. 1 des § 179 BGB. nach der Wahl des Klägers zur Erfüllung oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verurteilt werden. Er kann jedoch Verurteilung zum Ersatz nur des negativen Interesses erzielen, wenn er seinerseits den Nachweis führt, dass er selbst den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat (Abs. 2 des § 179 BGB.). Dem Vorhergehenden ist bereits zu entnehmen, dass er gänzlich befreit würde durch den Nachweis seiner Geschäftsunfähigkeit bezw. seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit oder durch den Beweis, dass der Kläger den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Eine Haftung würde den Vertreter überhaupt nicht treffen, wenn er den Beweis seiner Vertretungsmacht erbringen würde.[1] Danach hat also nicht der den

1) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 3, Kauffmann a. a. O. Anm. 11, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 179. Cosack a. a. O. I, S. 230 vgl. auch Seufferts Archiv Bd. 50. S. 148.

Ersatz verlangende Teil zur Begründung seines Anspruchs seinerseits zu beweisen, dass der Beklagte Vertretungsmacht nicht besessen hat.[1]

Im Falle des § 1298 BGB., wo abgesehen von dem Mangel der Verpflichtungsfähigkeit nur beim Vorliegen eines wichtigen Rücktrittsgrundes die Ersatzpflicht nicht zur Entstehung gelangt, liegt dem Verlobten, gegen den die Ersatzklage erhoben wird, falls er Abweisung der Ersatzklage erzielen will, der Beweis ob, dass ein seinen Rücktritt rechtfertigender Grund vorgelegen hat.

§ 14.

Ist der Ersatz des negativen Interesses ein gerechter Ausgleich?

Die Frage, ob das Gesetz durch Gewährung des Anspruches auf Ersatz des negativen Interesses den Forderungen der Billigkeit in den genannten Fällen gerecht werde, dürfte begründet sein im Hinblick auf den Umstand, dass von mehreren Schriftstellern in der negativen Interessehaftung ein gerechter Ausgleich der Interessen nicht erblickt wird: „Der Ersatz des negativen Vertragsinteresses hat den Nachteil, dass der Geschädigte den Schaden, den er immer erleidet (das Erfüllungsinteresse) nicht ersetzt bekommt, wohl aber einen Schaden, den er möglicherweise erlitten hat, so dass der reine Zufall darüber entscheidet, ob eine Entschädigung

1) Vgl. Protokolle I. S. 161.

erfolgt oder nicht".[1] „Es gibt zunächst eine nicht geringe Zahl hierher gehöriger Fälle, bei welchen man mit der Theorie vom negativen Vertragsinteresse das Auslangen nicht finden kann".[2] „Das negative Vertragsinteresse ist eine recht unglücklich Errungenschaft der neueren Rechtswissenschaft, welche schon viel Unheil angerichtet hat".[3] „Der wahre Schadensersatz dafür, dass jemand einem Anderen für die Existenz eines Rechtsgeschäfts einzustehen hat, wird stets darin bestehen, dass er das Rechtsgeschäft selbst gegen sich gelten lässt".[4] „Wir würden also die Verwirklichung des guten Rechts des Erklärungsnehmers abhängig machen von unberechenbaren Zufälligkeiten. Viel besser daher, ohne weiteres die Folgen des fertigen Vertrages anzunehmen".[5] „Es ist ganz und gar ungerechtfertigt den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse einem Mädchen zu versagen, dessen Zukunft durch den Bruch des Verlöbnisses vollständig zerstört sein kann".[6] „Es ist zu empfehlen, dass in den Fällen verborgen gebliebenen Dissenses der Richter unter genauer Beachtung und Würdigung der konkreten Sachlage nach den Prinzipien der guten Treue zu entscheiden habe, ob und was die eine Partei der andern zu leisten hat".[7]

1) Leonhard a. a. O. S. 506.

2) Strohal in Iherings Dogm. Jahrbüchern Bd. 34 S. 357.

3) Rostocker Zeitung vom 2. April 1889.

4) Bähr in Iherings Dogm. Jahrbüchern Bd. 14 S. 224.

5) Becker Krit. Viertelj.schrift Bd. XXII S. 57.

6) Pfizer, deutsche Notariatszeitung 1888 S. 99; ebenso Hinschius, Archiv für die zivil. Praxis Bd. LXXIV S. 58 vgl. auch Gierke, Entwurf S. 396 vgl. auch Rocholl a. a. O. S. 8.

7) Eisele, Jahrb. für Dogmatik Bd. XXV S. 465.

Der eine Teil dieser Gegner der negativen Interessehaftung will statt ihrer das Erfüllungsinteresse; der andere Teil sieht die Gewähr für die jeweilig angemessene Regelung der beiderseitigen Interessen in dem unumschränkten richterlichen Ermessen. Diejenigen Schriftsteller, die für den Geschädigten den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend machen, begehen den Fehler, dass sie damit lediglich die Partei des Geschädigten ergreifen und ganz ausser acht lassen, dass es in den meisten der inbetracht kommenden Fälle eine Forderung der Gerechtigkeit ist, dem Gegner nur eine ganz gelinde Haftung aufzuerlegen. Wenn einem sich Irrenden, einem sich einer Mittelsperson Bedienenden u. s. w. eine Schadenshaftung nun einmal auferlegt werden soll, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sie dann nicht eine ganz unbeschränkte sein darf, andernfalls von einem gerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht die Rede sein könnte. Zudem würde in denjenigen Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft auf Grund positiver Gesetzesbestimmung nichtig oder nicht zustandegekommen ist, ein Gewähren des Anspruchs auf Ersatz des vollen Erfüllungsinteresses schon deshalb nicht inbetracht kommen können, weil das Gesetz sonst das, was es auf der einen Seite gegeben — die Unwirksamkeit , auf der andern Seite wieder nehmen würde. Dieses Argument trifft für die §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 1298 ff. BGB. nicht zu, da hier ein giltiger Vertrag zustandegekommen ist. Und in der Tat war man in der Kommission

für die zweite Lesung[1] verschiedener Ansicht darüber, ob der arglistige Schenker auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder nur auf Ersatz des negativen Interesses zu verpflichten sei. Hier ist dann die erstgenannte Erwägung, die Erwägung dass der Gegner des Geschädigten bezüglich des Umfangs der Haftung nicht als vogelfrei zu betrachten sei, allein massgebend gewesen, die mildere Haftung einzuführen. Man erwog, dass, da der Schenker grundsätzlich nicht die Verpflichtung hat, den verschenkten Gegenstand frei von Mängeln zu übergeben, ihn vielmehr nur so zu leisten hat, wie er ihn besitzt, auch dem arglistigen Schenker nicht die Haftung für das Erfüllungsinteresse auferlegt werden darf, denn sonst würde ihm gewissermassen eine Vermögensstrafe auferlegt, die mit der Beseitigung der Privatstrafe nicht wohl vereinbar sei.

Auch im Falle des § 1298 BGB. verlangte während der Entstehungszeit des Gesetzbuchs eine beträchtliche Anzahl Schriftsteller,[2] dass dem ersatzpflichtigen Verlobten die Haftung für das Erfüllungsinteresse auferlegt werden solle. Auch diese Forderung hatte wieder den Fehler, dass bei ihr das Wohl des verlassenen Verlobten allzu sehr in den Vordergrund gerückt war. Wenn auch an und für sich nichts dagegen einzuwenden ist, dass der treulos verlassenen Braut der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegeben wird, so darf doch nicht aus dem

1) Vgl. Protokolle II. S. 27.
2) Vgl. Gutachten zum BGB. IV. S. 13.

Auge gelassen werden, dass hier noch das Interesse einer andern Person zu berücksichtigen ist, nämlich das des Staates an guten Ehen; würde nämlich der Verlöbnisbruch die Pflicht zum Ersatz des gesamten Erfüllungsinterresses herbeiführen, so würde die Folge sein, dass der Verlobte, anstatt den in den meisten Fällen für ihn sehr hohen pekuniären Verlust auf sich zu nehmen, lieber eine unfreiwillige Ehe eingehen würde. Solche Ehen sind für das Wohl und den Bestand des Staates geradezu gefährlich, abgesehen davon, dass ein derartiger indirekter Zwang mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar ist.[1] Zudem lässt sich wohl ganz selten genau bestimmen, was der verlassene Verlobte gehabt haben würde, wenn die Ehe geschlossen wäre, jedenfalls würde es für die Berechnung stets unumgänglich nötig sein, dass der zurücktretende Verlobte seine gesamten Vermögensverhältnisse dem andern offenbarte, eine Bedingung, deren Erfüllung mit Rücksicht auf das gespannte Verhältnis zwischen den Parteien dem Ersatzpflichtigen schlechterdings nicht zugemutet werden kann.

Dem andern Teil der Gegner[2] des negativen Interesses, der an die Stelle dieser genau begrenzten Haftung das freie Ermessen des Richters gesetzt wissen will, kann ich gleichfalls nicht beitreten. Zugegeben soll werden, dass in gewissen Fällen

1) Vgl. Stutz a. a. O. S. 38, 39; Dittenberger a. a. O. S. 144.

2) Leonhard a. a. O. S. 506; Strohal a. a. O. S. 358; Gierke a. a. O. S. 396. Gradenwitz Anfecht und Reurecht beim Irrtum. Endemann a. a. O. II S. 610 Anm. 15.

der Ersatz des negativen Interesses nicht immer einen ganz gerechten Ausgleich der Interessen herbeiführt, doch verstösst durch diese Unzulänglichkeit das ganze System noch keineswegs gegen die Forderungen der Gerechtigkeit. Das unumschränkte richterliche Ermessen würde demgegenüber zu viel grösseren Missständen führen. Abgesehen davon, dass es dann keinen Ersatzanspruch ohne Klage mehr gäbe, würde das Fehlen jeglichen Massstabes für die Schadensersatzabmessung eine Unsicherheit in den Entscheidungen herbeiführen, wie sie sicher nicht im Interesse der Rechtssprechung liegt. Innerhalb des Rahmens des negativen Interesses ist bereits dem freien richterlichen Ermessen ein derartiges Feld eingeräumt, dass Härten durchaus vermieden, und auch die jeweiligen konkreten Verhältnisse genügend berücksichtigt werden können.[1]

IV. Kapitel.

§ 15.

Schluss.

Zum Schluss mag noch darauf hingewiesen werden, dass in den Fällen, in denen ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben ist, unter gewissen Umständen ausserdem noch eine weitere Schadensersatzforderung geltend gemacht

1) Vgl. Brock a. a. O. S. 200, Melliger a. a. O. S. 173, Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 243, Markusen a. a. O. S. 35, Bruck jurist. Wochenblatt vom 15. Mai 1902 No. 135 S. 112.

werden kann. Liegt nämlich der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des 25. Titels des BGB. vor, so kann der Ersatzberechtigte anstatt des negativen Interesses seinen vollen Schaden oder neben dem negativen Interesse den übrigen Schaden, soweit er das negative Interesse übersteigt, nach § 823 ff BGB. ersetzt verlangen.[1] So kann, wenn beispielsweise jemand bei der Schliessung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages den Andern vorsätzlich täuscht, dieser Andere neben dem Anspruch auf das negative Interesse aus dem § 307 BGB. vollen Schadensersatz aus § 823 BGB. geltend machen; oder es würde, wenn ein Verlobter durch seinen Rücktritt den Andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise schädigen, also den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllen würde, dem andern Teile nicht nur ein Anspruch auf Ersatz des aus den in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen und sonstigen Massnahmen entstandenen Schadens zustehen, sondern er würde auch berechtigt sein, den Ersatz seines vollen Schadens zu

1) Vgl. Planck a. a. O. Vorbemerkung III zu § 823, Oertmann a. a. O. Vorbemerkung 5 zu § 823, Dernburg a. a. O. II. S. 138; Kuhlenbeck — Kommentar — Anm. 3 zu 307, Cosack a. a. O. I S. 592; Enneccerus u. Lehmann a. a. O. S. 759; Th. Engelmann a. a. O. Einleitung III zu § 823. Schollmeyer a. a. O. Anm. 3 zu § 307; Hellmann Krit. Vierteljschrift XXXX S. 205. Kleineidam a. a. O. S. 42; Liszt. Deliktsobligationen S. 11. Brock a. a. O. S. 110, 111, S. 91 Anm. 35; Titze a. a. O. S. 229 Anm. 30, Crome a. a. O. II S. 72 Anm. 25, Neumann a. a. O. II S. 705, Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 u. 7 zu § 1298, Anm. 2 zu § 1300, Heiltronn II S. 895, Rehbein a. a. O. I, S. 281, Matthiass a. a. O. II S. 196 Anm. 1.

beanspruchen.[1] Dieser Anspruch würde den besonderen Vorschriften über unerlaubte Handlungen unterstehen, sodass vor allem seine Verjährung in 3 Jahren erfolgen und von der Kenntnis des Anspruchs. an laufen würde. Die Beweislast des Geschädigten würde ausserdem eine weitergehende sein, und für die Klage würde ein besonderer Gerichtsstand gegeben sein.

Nach der Ansicht Endemanns[2] würde freilich von einer Konkurrenz beider Schadensersatzansprüche nicht die Rede sein können; nach ihm würde, da immer nur die besonderen Normen des betreffenden Verhältnisses zur Anwendung kommen, einzig und allein der Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben sein. Doch entbehrt die Anschauung Endemanns, wie die übrige Literatur einmütig erklärt, der rechtlichen Begründung und führt zu bedenklichen Resultaten.

1) Vgl. Planck a. a. O. Anm. 5, Schmidt-Habicht a. a. O. Anm. 3 zu § 1298, Philler a. a. O. S. 279.

2) a. a. O. I. S. 207.